Das Recht des Nacherben als Verwertungsgegenstand.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der
Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Erich Berthold
Gerichtsreferendar aus Dortmund

Marburg 1934.

Buchdruckerei Albert Koffler, Dortmund, Leipzigerstraße 14.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 29. Mai 1934.

Berichterstatter: Prof. Dr. jur., Dr. phil., Dr. rer. pol. h. c. Erich Jung.

Inhaltsübersicht.

Schrifttum.

Abenheimer: Zur Frage der Uebertragung der Anwartschaftsrechte, die dem Käufer einer unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sache zustehen. JW. 1931, 3061 ff.
Baumbach: Zivilprozeßordnung. 8. Aufl. 1934.
Beling: Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie. 1923.
Bierling: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. 1877—1883.
Binder: Die Rechtsstellung des Erben nach deutschem bürgerlichem Recht. Bd. I 1901; Bd. III 1905.
— Vermögensrecht und Gegenstand. Arch. f. Bürgerl. Recht 34, 209 ff.
Böhm: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. 1900.
Brecht: Bedingung und Anwartschaft. Iher. Jahrb. 61, 263 ff.
Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. I, 2. Aufl. 1906.
Brunner-Schwerin: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 1930.
Burchard und **de Boor:** Bürgerliches Recht. 1930.
Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II: Schuldverhältnisse. 1902.
Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1896.
Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. I: Allgemeine Lehren, 1902. Bd. V; Deutsches Erbrecht, 3. Aufl., 1911.
du Chesne: Das Recht des Nacherben. ZBlFG. 1908, 534 ff.
— Anwartschaften. ZBlFG. 1909, 234 ff.
— Die Pfändung des Nacherbrechts. Seuff. Blätter f. Rechtsanwendung 75, 235 ff.
Eccius: Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen. DJZ. 1909, 53 ff.
— Abtretung künftiger Forderungen. Gruch. Beitr. 53, 1 ff.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I Einleitung, Allgem. Teil, Schuldverhältnisse. 8. Aufl. 1903. Erbrecht, 8. und 9. Aufl. 1919.
— Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Grundriß. 1923.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allgemeine Lehren. 1931.
Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Schuldrecht. 1930.
Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. 1889.
Fitting: Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. 3. Aufl. 1904.
Flatau: Die Zwangsvollstreckung in Leihmöbel. 1909.
Gierke: Das deutsche Genossenschaftsrecht. Bd. II: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs. 1873.
Goldmann: Pfändung von Gesellschaftsrechten und Erbteilen. JW. 1929, 614 ff.
Güthe-Triebel: Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 1929.
Hartmann: Die rechtliche Natur des Erbschaftsanspruchs. Diss. Leipzig 1906.
Heck: Problem der Rechtsgewinnung. 2. Aufl. 1932.
Heine: Zur Verpfändung des Erbteils eines Miterben. Zeitschrift d. Deutschen Notarvereins 1917, 222 ff.
Hellmann: Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 1907.
Hellwig: Anspruch und Klagrecht. 1900.
— Grenzen der Rückwirkung. 1907.
Hirsch: Uebertragung der Rechtsausübung. 1910.
Hölder: Natürliche und juristische Personen. 1905.
Holz: Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Uebereignung als Kreditsicherungsmittel. 1933.
Hothorn: Die Rechtsstellung des befreiten Vorerben. Diss. Leipzig 1911.

v. Jhering: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. III. Teil, 3. Aufl. 1877.
— Passive Wirkungen der Rechte. Jher. Jahrb. 10, 387 ff.
Isay: Die Methode der Interessenjurisprudenz. Arch. f. Ziv. Praxis 137, 37 ff.
Jaeger: Kommentar zur KO. Bd. I, 6/7. Aufl. 1931. Bd. II, 5. Aufl. 1914.
— Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 8. Aufl. 1932.
Josef: Verfügungen über Erbschaftsanteile. Arch. f. ziv. Praxis 99, 315 ff.
Jung: Bürgerliches Recht. 1931.
— Positives Recht. 1907.
— Von der „logischen Geschlossenheit" des Rechts. 1900.
Kaufmann: Zwangsvollstreckung in Leihmöbel. Sächs. Archiv 1909, 326 ff.
Kipp: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. V Erbrecht. 1930.
Kleinschmidt: Wann kann der Nacherbe die Nacherbschaft annehmen oder ausschlagen? 1916.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I 1906.
— Lehrbuch des Konkursrechts. 1891.
Kommentar der Reichsgerichtsräte, Erbrecht 1928.
Kreß: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. 1929.
— Erbengemeinschaft nach dem Bürgerl. Gesetzbuch. 1903.
Kretzschmar: Das Erbrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1913.
— Verfügungen des Nacherben über sein Recht auf die Erbschaft. Sächs. Arch. 1918, 1 ff.
— Zugehörigkeit des Rechts des Nacherben zur Konkursmasse, wenn der Erbfall vor der Eröffnung des Verfahrens eingetreten ist. Leipz. Ztschr. 1909, 794 ff.
— Verkauf der Erbschaft durch den Nacherben. Recht 1909, 197 ff.
Krückmann: Zur Lehre vom Gesamteigentum. Zentralbl. f. d. Freiw. Gerichtsbarkeit 16, 1 ff.; 41 ff.
— Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechts. Arch. f. Ziv. Praxis, Bd. 108 S. 179 ff., 373 ff.
Langheineken: Anspruch und Einrede. 1903.
Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des BGB. Bd. I 1929.
— Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 3. Aufl. 1932.
— Erbrecht, Kommentar. 2. Aufl. 1912.
— Zukünftige und gegenwärtige Rechte. Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 10, 140 ff.
Mankey: Kann nach Eintritt des Erbfalls der Nacherbe die Erbschaft wirksam annehmen, bevor sie ihm angefallen ist? Gruch. Beitr. 60, 937 ff.
Mentzel: Kommentar zur Konkursordnung. 4. Aufl. 1932.
Meyer, P.: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1921.
Müller-Erzbach: Wohin führt die Interessenjurisprudenz? Die rechtspolitische Bewegung im Dienste der Rechtssicherheit und des Aufbaues der Rechtswissenschaft 1932.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927. Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. 1928.
— Rechtsbedingung (condicio iuris). 1924.
— Zur Struktur der subjektiven Privatrechte. Arch. f. Ziv. Praxis, 1925, 129 ff.
— Die Uebertragbarkeit von Anwartschaften und künftigen Rechten, insbesondere bei der Nacherbfolge. Juristische Rundschau 1934, 37 ff.
— Beiträge zu der Lehre von der Abtretung des Eigentumsanspruchs. Arch. f. Ziv. Praxis 113, 51 ff.
— Dingliche und persönliche Herausgabeansprüche. Jher. Jahrb. 61, 44 ff.
Oetker: Konkursrechtliche Probleme und neuere Konkursliteratur. Zeitschr. f. den Deutschen Zivilprozeß 25, 1 ff.

Ohmeyer: Verfügung über künftige Rechte. 1909.
Peiser: Handbuch des Testamentrechts. 1902.
Planck: Kommentar zum BGB. nebst Einführungsgesetz, Familienrecht 1928; Erbrecht 1930.
Predari: Die Grundbuchordnung. Kommentar zum BGB. und seinen Nebengesetzen. 2. Aufl. 1913.
Pringsheim: Die Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteils. (Zur Auslegung von § 2033 Abs. 1 BGB.) 1910.
— Zur Lehre von der Abtretung und Pfändung des Erbteils. Diss. Breslau 1906.
Radke: Anwartschaften und Anwartschaftsrechte des Bürgerlichen Rechts. Diss. Straßburg 1913.
Rosenberg: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Sachenrecht 1919.
v. Sarvey-Bossert: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1901.
Scherk. Die Einrede aus dem Rechte zum Besitz gegenüber dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache. Iher. Jahrb. 67, 301 ff.
Schultze: Treuhänder im geltenden Bürgerlichen Recht. Iher. Jahrb. 43, 27 ff.
Schwarz: Rechtssubjekt und Rechtszweck. Eine Revision der Lehre von den Personen. Arch. f. Bürg. Recht 32, 12 ff.
Semeka: Das Wartrecht. Einführung in die moderne Anwartschaftslehre. Arch. f. Bürgerl. Recht 35, 121 ff.
— Aus der Lehre vom Wartrecht. Eine rechtsdogmatische Skizze: hereditas jacens und Wartrecht. Grünhuts Zeitschrift 36, 611 ff.
Seuffert: Deutsches Konkursprozeßrecht. 1899.
Seuffert-Walsmann: Kommentar zur ZPO. 12. Aufl. 1932.
Siber: Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio als Beitrag zu der Lehre von der Aktionenkonkurrenz. 1907.
Sohm: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. 1920.
— Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. Arch. f. Bürgerl. Recht 28, 172 ff.
— Noch einmal der Gegenstand. Iher. Jahrb. 53, 373 ff.
Staudinger-Löwenfeld-Riezler: Kommentar zum BGB. und dem Einführungsgesetz. Allgemeiner Teil, 9. Aufl.. 1925.
Staudinger-Kober: Sachenrecht. 9. Aufl. 1926.
Staudinger-Herzfelder: Erbrecht. 9. Aufl. 1928.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1928.
Strohal: Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des BGB. 3. Aufl. 1903.
Tschierschky: Das Recht des Nacherben. Dissertation 1915.
Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. 1918.
Wendt: Verfügungen über Erbschaftsanteile. Arch. f. Ziv. Praxis 89, 420 ff.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 1891.
Wolff, M.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. III Sachenrecht. 1932.
Würdinger: Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff. Diss. München 1928.
Zitelmann: Internationales Privatrecht. 1897, 1912.

Die Arbeit wurde am 1. März 1934 abgeschlossen.

Einleitung.

Problem und Methode.

Verwertungsgegenstand kann nur ein von der Rechtsordnung anerkanntes und von ihr als geeignet befundenes Objekt sein. Nicht jede nur mögliche, einen Vermögenswert verkörpernde Rechtsaussicht verdient schon rechtlichen Schutz und rechtliche Fürsorge für eine vorzeitige Verwertung. So gestattet die Rechtsordnung dem künftigen Erben nicht schon heute die Veräußerung der ihm künftig einmal anfallenden Erbschaft[1]). Diese Frage ist mit Sicherheit zu verneinen. Anders jedoch beurteilt man die Verwertungsfrage bei dem Rechte des Nacherben. Diese veränderte Auffassung rührt aus der Annahme her, daß der Nacherbe schon mit dem Erbfall ein festes gegenwärtiges Recht erlangt habe, welches als Verwertungsgegenstand diene, während dem Erben an Stelle eines solchen Rechts eine jederzeit durch den Erblasser entziehbare Aussicht oder Hoffnung[2]) auf den Anfall der Erbschaft zukomme. Dieser Gegenüberstellung von Recht und bloßer Aussicht scheint die andere, verwertbar oder nicht verwertbar, zu entsprechen. Aber die Richtigkeit dieser These ist zu bezweifeln, wenn man das große Zwischengebiet der Anwartschaften einer näheren Untersuchung unterzieht. In dieses Zwischengebiet zwischen subjektivem Recht und bloßer tatsächlicher Aussicht fällt auch unstreitig das Recht des Nacherben. Nur meint die herrschende Lehre es als subjektives Recht ausgeben zu müssen, um es der Verwertung erschließen zu können. Man erwägt dabei folgendermaßen: der normale Weg der Verfügung über die Einzelrechte oder den Anteil an der Nacherbschaft ist dem Nacherben nicht möglich, da er diese Rechte oder den Anteil unstreitig noch nicht hat (§ 2139 BGB.). Sie als zukünftige Rechte[3]) einzeln zu übertragen[4]), ist ebenfalls ein ungangbarer Weg. Um diese Schwierigkeiten zu umgehen, sucht die h. M. nach einem neuen Recht, welches in einem Akte zu übertragen ist und findet es im Rechte des Nacherben. Aber dieses sog. Anwartschaftsrecht ist, wie sich im zweiten Abschnitt zeigen wird, als einheitliches überhaupt nicht vorstellbar. Klarheit und Vorstellbarkeit der Begriffe

---

1) v. Tuhr Allg. Teil § 9, 1 S. 182; Staud.-Herzfelder § 2033 I b; Leonhard, Arch. R. W. 10, 146.

2) v. Ihering, Iher. Jahrb. 10, 459; RGZ. 67, 428.

3) Vom Standpunkte des Nacherben aus; nach h. M. rechnet man die nur „fremden" Rechte überhaupt nicht zu den zukünftigen; vgl. Süß S. 9.

4) daß auch eine Uebertragung des zukünftigen Erbrechts in Erwägung zu ziehen ist, hat Wäntig, Z. D. Not. V. 1906, 377 ff. zuerst betont; aber dieser Weg ist ungangbar, da ein subjektives Erbrecht gar nicht besteht. (Vgl. unten S. 26 ff.).

sind aber unbedingtes Ziel der Rechtswissenschaft und jeglicher ihrer Methoden[5]).

Dieses Erfordernis der Klarheit und Vorstellbarkeit gilt nicht nur für das Handwerkszeug des Juristen, es gilt im gleichen Maße auch für das gefundene Ergebnis. Es ist deshalb das Mindeste, was von dem zu untersuchenden Nacherbenrechte erwartet werden kann, daß es unserer Vorstellung zugänglich ist. Es wäre ja auch unbegreiflich, wenn ein rationales Verfahren[6]), wie es die Methode auch die der Rechtswissenschaft nun einmal ist, zu einem nicht vorstellbaren und dogmatisch unhaltbaren Ergebnis käme. Mit diesen Grundsätzen gilt es zunächst einmal das Wesen des Nacherbenrechts zu erfassen. Und da es mit Recht nach herrschender Lehre dem Zwischengebiet der Anwartschaft angehört[7]), bedarf es eines juristisch scharf und klar abgegrenzten Anwartschaftsbegriffs. Erst wenn das Wesen des Nacherbenrechts erkannt ist, lassen sich Folgerungen für die Möglichkeit seiner Verwertung ziehen.

Hierbei aber zeigt sich die doppelte Bedingtheit[8]) unserer Rechtsordnung nach der Richtung des Zweckes hin, dem ihre Rechtseinrichtungen zur Erfüllung sozialer Bedürfnisse zu dienen haben. Erst hier kann der Interessenabwägung ein Platz eingeräumt werden[9]). Die formale Betrachtungsweise[10]), die für die Wesenserfassung und Bestandsfrage eines zweifelhaften Rechtsgebildes wie des Nacherbenrechts allein fruchtbar ist, hat keine Daseinsberechtigung bei der Verwertung dieses Rechtsgebildes für soziale Zwecke. So kann schon hier die Feststellung getroffen werden, daß mit Sicherheit allein nur die Bestandsfrage des Nacherbenrechts zu lösen ist, wogegen die Verwertungsfrage durch Würdigung rechtspolitischer Zwecke bedingt ist, der naturgemäß eine subjektive Färbung innewohnt und darum nicht zwingend beweisfähig ist. (Vgl. auch das Schlußwort.)

---

5) Müller-Erzbach, S. 24.

6) Isay, Arch. Ziv. Pr. 137, 37; Heck, Problem S. 222.

7) abweichend hier Tschierschky: Recht des Nacherben.

8) Wundt, Logik S. 222.

9) auf den seit längerer Zeit in Fluß gekommenen Methodenstreit, Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz — Interessenjurisprudenz ist hier nicht näher einzugehen. Der Anwartschaftsbegriff kann m. E. überhaupt nur auf konstruktivem Wege gefunden werden.

10) über den Vorzug der begrifflich dogmatischen Methode vgl. auch Jung, Bürg. R. § 3, insbes. S. 459.

Erster Abschnitt.

Der Begriff der Anwartschaft.

Entwicklung des Anwartschaftsbegriffs in der neueren Wissenschaft[1]).

Die juristische Erfassung des großen Gebiets der Rechtsaussichten brauchte eine längere Entwicklung. Man vermochte vorerst nicht auf die grundlegende Unterscheidung in rein tatsächliche oder psychologische Aussichten auf Rechtsentstehung, wie die der in Kaufverhandlung stehenden Parteien[2]) und die auf der Rechtsordnung beruhenden Aussichten, das eigentliche Gebiet der Anwartschaften, wie die des Testamentserben, vorzudringen. So sieht Ihering[3]) in der Aussicht des Testamentserben keine Anwartschaft, obwohl sie eine ist. Ansätze zu dieser grundlegenden Unterscheidung finden sich bei v. Tuhr), der die bloß tatsächliche Erwartung von den Anwartschaften trennt. Ferner bei Zitelmann[5]), du Chesne[6]) und besonders bei Ohmeyer[7]), der drei Arten künftiger Rechte, künftige Rechte mit Substitutionswirkung, künftige Rechte aus bestehenden Grundverhältnissen und werdende Rechte als in einer Beziehung zu gegenwärtigen Rechtsverhältnissen den gehofften Rechten als faktische Rechtsaussichten gegenüberstellt; ferner bei Semeka[8]), der die Anwartschaft als „rechtlich" gesicherte Möglichkeit künftiger Vollrechtsgestaltung bezeichnet und somit auf den Gegensatz zur „tatsächlichen" Aussicht hinweist. — Parallel hiermit läuft ein Gesichtspunkt, den insbesondere v. Tuhr zur Unterscheidung der verschiedenen Arten von Rechtsaussichten heranzieht: der Grad der Sicherheit des Rechtseintritts. Ist er gering, so liegt nur eine „tatsächliche" Erwartung vor; ist er „von einem gewissen Grade der Sicherheit", so liegt eine Anwartschaft vor[9]). Manche Autoren, wie Enneccerus[10]), grenzen die Anwartschaften noch enger ein und lassen sie nur dann als solche gelten, wenn nur noch eine Entstehungstatsache für das subjektive Recht fehlt, und die noch aus-

1) über die historischen Vorläufer, insbes. das deutschrechtliche Erbenwartrecht vgl. Brunner, Rechtsgeschichte I S. 281 ff; Grundzüge S. 239 ff. Nähere Lit. Angabe bei Stobbe-Lehmann, Handb. d. deutsch. Privatrechts II, I S. 455 ff.; vgl. auch Flatau S. 60—66; Radke S. 1 ff.; Würdinger S. 42 Anm. 1.

2) ohne daß schon eine bindende Offerte vorläge.

3) passive Wirkung, Iher, Jb. 10, 459.

4) Allg. Teil § 9, I S. 182.

5) Zitelmann, I. P. II S. 51.

6) ZBlfG. 9, 234 ff., insbes. 235.

7) Verfügungen über künftige Rechte S. 21/22.

8) Arch. Bürg. R. 35 S. 121 ff. S. 159; ders. Grünhuts Ztschr. 36, 611 ff.

9) v. Tuhr I S. 182.

10) Bürg. Recht I § 75, 4; vgl. auch Rechtsgeschäft § 57 und Beilage 3, Erwerbsberechtigungen S. 600 ff.

stehende Tatsache und damit der Rechtserwerb als von selbst eintretend (ipso iure) erwartet wird. — Insbesondere wird das Gebiet der Rechtsaussichten noch durch eine dritte Unterscheidung kompliziert, indem das nur in sehr flüssiger Weise abgegrenzte Gebiet der Anwartschaften erneut in bloße Anwartschaften und Anwartschaftsrechte im Sinne von subjektiven Rechten aufgeteilt wird. Hierfür soll der Grad der Sicherheit[11]) oder die Unentziehbarkeit oder Vererblichkeit[12]) entscheidend sein. Radke[13]) will entgegen v. Tuhr nicht den Grad der Sicherheit entscheiden lassen, sondern jeweils im Einzelfall prüfen, ob genügend ausreichende Rechtswirkungen für ein subjektives Recht vorhanden sind.

Aber diesen Abgrenzungsversuchen innerhalb der Unmenge von Aussichten auf Rechtsentstehung mangelt die juristische Schärfe. Vor allem ist es verfehlt, das Gebiet der Anwartschaften selbst wieder aufzuteilen in Anwartschaften und Anwartschaftsrechte. Man mußte sich notwendig mit der Lehre des subjektiven Rechts als eines Machtverhältnisses in Widerspruch setzen, da die Anwartschaften doch eben nie eine Rechtsmacht wie das subjektive Recht gewähren. Man meinte auch deshalb schon gänzlich auf eine einheitliche Erfassung des grundlegendsten Begriffs des ganzen Privatrechts, des subjektiven Rechts, verzichten zu müssen[14]). Diese folgewidrige Behandlung von Anwartschaft und subjektivem Recht vermeidet in der klaren Erkenntnis, sich bei der Untersuchung der Anwartschaften von ihrem jeweiligen Inhalt ganz losmachen zu müssen[15]), die Arbeit von Würdinger[16]), deren Auffassung der Anwartschaft auch dieser Arbeit zugrunde gelegt werden soll. Diese Untersuchung stellt sich damit im allgemeinen auf den Boden der dort entwickelten Lehre. Zweifel an der Richtigkeit des Anwartschaftsbegriffs sind ihr nur hinsichtlich der herrschenden Auffassung gekommen. Sie will deshalb dazu beitragen, jene neugewonnenen Erkenntnisse, die bisher nur einen allgemeinen Teil der Anwartschaftslehre darstellen, zu verfestigen. Es gilt hierfür im folgenden einmal das subjektive Recht, aus dem der Anwartschaftsbegriff zu entwickeln ist, einer notwendigen Untersuchung zu unterziehen, im zweiten Abschnitt ferner an einer der wichtigsten Anwartschaften des geltenden Rechts, dem Rechte des Nacherben, seine Richtigkeit

---

11) v. Tuhr I S. 182; RGZ. 67, 425 ff., überhaupt ein Kriterium vieler Schriftsteller.

12) Radke S. 11, 12, 13.

13) Radke S. 11.

14) erneut erst wieder Leonhard, Allgem. Schuldr. I S. 12 und 13; ders. Arch. R. W. 10, 142 ff.

15) Enneccerus I § 75 vor I meint: Hoffnungen, Willensgebundenheiten, Rechtslagen, Anwartschaften und Schwebezustände nicht einem gemeinsamen Begriff unterstellen zu können. Dies kann man aber nur dann nicht, wenn man den zu findenden Begriff inhaltlich orientiert.

16) Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff. Diss.

zu beweisen und im dritten Abschnitt ein Stück des besonderen Teils, die Verwertung der Nacherbenanwartschaften, auszubauen.

Erster Teil.

Das subjektive Recht als Ausgangspunkt für die Entwicklung des Anwartschaftsbegriffs.

1. Das subjektive Recht als Rechtsmachtverhältnis.

Entstehungsgrundlage des subjektiven Rechts ist die Rechtsordnung. Da die Anwartschaft die Vorstufe des subjektiven Rechts ist, gilt für sie genau das gleiche. Insofern sind beide nur gleichzeitig mit der Rechtsordnung denkbar und erscheinen als Spiegelbild der objektiven Rechtssätze[17]).

Aus dem objektiven Recht entspringt in einem bestimmten Falle für eine bestimmte Person eine bestimmte Rechtsfolge. Gewährt diese Rechtsfolge der Person, für die sie gilt, eine Machtbefugnis[18]), so ist die Rechtsfolge ein subjektives Recht. Rechtsmacht ist die allgemeinste Wirkung des subjektiven Rechts und sein wesentlichstes Erkenntnismittel. Weil sie nur seine Wirkung ist, ist sie nicht identisch mit dem subjektiven Recht, nicht sein Inhalt[19]). Die Rechtsmacht bedarf näherer Erläuterung.

Sie ist nicht tatsächliche Macht[20]) und steht daher nicht notwendig dem zu, der sie ausübt. Sie entspringt, genau gesehen, nicht einmal dem Rechtsträger — er gibt nur den Anstoß zu ihrer Durchsetzung —, sondern dem Gemeinschaftswillen, auf dem die Rechtsordnung beruht[21]). Man legt sie der Einzelperson — genau genommen allerdings wieder fälschlicherweise — bei und betrachtet sie als von ihr erzeugt, weil sie sich ihrer bedienen kann. Und eben weil sie dies kann, darf man sie auch als machtbefugt bezeichnen.

---

17) Leonhard, Arch. R. W. 10, 142; Enneccerus I § 65 Anm. 1; Beling, Rechtswiss. S. 8; daß die h. L. das subjektive Recht als eine ohnehin gegebene Größe ansieht, dürfte wohl ein unberechtigter Vorwurf Leonhards, Allgem. Schuldr. § 6, 1; Arch. R. W. 10, 143 sein. Enneccerus ist gewiß ein Vertreter der h. M.

18) v. Tuhr § 1 S. 56.

19) so allerdings die h. M.: statt aller Enneccerus I § 65, 2 auch Anm. 2; vielleicht liegt hier die Quelle manchen Mißverständnisses in der Lehre des subjektiven Rechts, weil man subjektives Recht = Rechtsmacht gesetzt hat, statt subjektives Recht = Rechtsfolge mit Rechtsmachtwirkung. Inhalt eines Rechts ist nicht Macht, sondern die Art der Rechtsfolge, d. h. in welcher Weise der Berechtigte den Gegenstand seines Rechts geltend machen kann. Vgl. dazu Würdinger S. 24 Anm. 1. Nur insofern ist es m. E. begründet, wenn Leonhard a. a. O. eine (also inhaltliche!) Definition des subjektiven Rechts für unmöglich hält.

20) Deshalb ist auch der oft gemachte Einwand, Subjekt des Rechts müsse dann der Machthaber sein, unbegründet; Ihering, Geist III § 60; Thon S. 147 ff.; Bierling II S. 32 ff.; Hölder, Natürl. u. jurist. Personen S. 117 ff.; Schwarz, Arch. Bürg. R. 32, 34; Leonhard, Allgem. Schuldr. S. 13; Arch. R. W. 10, 143.

21) Vgl. v. Tuhr I § 1 S. 56, II; Enneccerus I § 65, I, 4.

Das Wort Rechtsmacht ist eben nur eine andere Ausdrucksweise für den Vorgang der Durchsetzung der gewährten Rechtsfolge[22]). Sieht man in der Machtbefugnis nicht ein Stück selbsterzeugte, sondern abgeleitete Machtvollkommenheit, so läßt sich m. E. auch die Rechtsmacht[23]) juristischer Personen ohne Fiktion erklären[24]).

Der Gegenstand und der Inhalt der rechtsmachtbekleideten Rechtsfolge (subjektives Recht) sind nicht allgemein zu bestimmen. Sie sind jeweils nach Art des subjektiven Rechts verschieden. Das spezielle subjektive Recht des Einzelfalls ist daher stets eine Schlußfolgerung aus Sätzen des objektiven Rechts[25]). Entsprechend ist auch die Rechtsmacht jeweils verschieden. Es läßt sich allgemein nur soviel über sie sagen, daß sie auf Herstellung des der Rechtsfolge entsprechenden Zustandes geht. Dabei ist Rechtsmacht (Durchsetzbarkeit) nicht stets identisch mit staatlicher Zwangsmacht[26]), aber doch bei den Beherrschungsrechten und Ansprüchen (also auch Forderungsrechten), dagegen vielfach nicht bei den Gestaltungsrechten (etwa Anfechtungs-, Rücktritts-, Kündigungsrecht), die ebenso oft durch eine einfache Willenserklärung durchgesetzt werden. Ueberall da, wo keine Durchsetzbarkeit gegenüber anderen Personen gegeben ist, liegt keine Rechtsmacht vor und daher kein subjektives Recht[27]).

---

22) das gilt m. E. für alle Rechte, Beherrschungsrechte, Ansprüche (für das Schuldrecht auch anerkannt von Leonhard, Allg. Schuldr. I S. 22: Identität von Leistungsbefehl und Zwangsmacht, anders Enneccerus I § 66 Anm. 5) und Gestaltungsrechte; bei den absoluten Beherrschungsrechten zeigt sich die Rechtsmacht nur bei Verletzung, denn jetzt ist erst Grund zur Durchsetzung gegeben. Im Ruhezustand zeigt sich die Rechtsmacht im Dürfen; sie tritt als Innenwirkung gegenüber der Außenwirkung durchaus zurück; umgekehrt bei den Forderungsrechten und Familienrechten. Vgl. dazu Oertmann, Arch. Ziv. Pr. 1925 S. 133 ff.

23) Vgl. zu dieser Frage Leonhard, Arch. R. W. 10, 144; Enneccerus § 65, III: Wenn man schon die Rechtsmacht jurist. Personen für theoretisch unbegründbar hält, so müßte man m. E. dies für die Einzelperson ebenso annehmen (anders die h. M.), da diese für sich allein, ohne Gemeinschaftswillen, ebensowenig „Rechts"macht besitzt, wie die jurist. Person. Daß sie im Gegensatz zu letzterer tatsächliche (organische) Macht besitzt, kann ja nicht entscheidend sein, weil Rechtsmacht nicht tatsächliche Macht ist.

24) Vgl. auch Enneccerus § 65 Anm. 5. Daraus folgt aber nicht, daß ein allgemeiner Begriff des subjektiven Rechts unerfindlich sei, wie Leonhard a. a. O. meint.

25) so Ihering, Geist III § 60 ff.

26) allerdings wird damit nur ihre Fähigkeit, subjektive Rechte haben zu können, näher erklärt, nicht auch ihre Handlungsfähigkeit, bei der die Schwierigkeit, wie sie Bewußtseinstatsache haben könne (Wissen, Wollen, Willensfehler u. a.), bleibt und m. E. auch nicht durch die Theorie der realen Verbandspersönlichkeit, die in Wahrheit nur ein anschaulicheres Bild ist, gelöst wird.

27) anders die h. L.: z. B. Allgemeine Okkupationsbefugnis = subjektives Recht (?); Enneccerus I § 66 bei Anm. 8 wohl die des Fiskus § 928 BGB., Durchsetzbarkeit gegeben! Vgl. Würdinger S. 48 bei Anm. 1.

In der Rechtsmacht liegt aber auch allein das sichere Kennzeichen des subjektiven Rechts. Es aus seinen anderweitigen Wirkungen feststellen zu wollen[28]), wäre zu unsicher, da diese Wirkungen nicht einwandfrei feststehen[29]). Gerade die vorliegende Untersuchung wird in ihrem zweiten Abschnitt zeigen, daß manche rechtlichen Wirkungen durchaus nicht stets Folgeerscheinungen eines subjektiven Rechts sind, obwohl sie häufig bei ihnen vorkommen. Nur die Rechtsmacht eignet stets dem subjektiven Recht[30]). Vor allem aber die Bestandsfrage eines subjektiven Rechts von genügend ausreichenden Gegenwartswirkungen abhängig machen zu wollen[31]), muß gerade bei den Anwartschaften als Vorstufen subjektiver Rechte notwendig zu verschiedenen Auffassungen führen, denn es bleibt stets die Zweifelsfrage, wann eine Anwartschaft eine genügend ausreichende Gegenwartswirkung hat[32]).

Das alles aber sind gewichtige Gründe dafür, den Begriff des subjektiven Rechts als eines Machtverhältnisses beizubehalten, zumal er sich für die Ableitung des Anwartschaftsbegriffs als sehr praktisch erweisen wird. Seine Brauchbarkeit dürfte wohl immer noch der beste Beweis für seine Richtigkeit sein.

2. Das subjektive Recht als Rechtsfolge.

Nach obigen Ausführungen ist das subjektive Recht eine rechtsmachtbekleidete Rechtsfolge einer Rechtsnorm. Jede Rechtsnorm verlangt zu ihrer Anwendung im Einzelfall die Erfüllung ihres Tatbestandes. Eine Person ist also dann subjektiv berechtigt, wenn sie durch (nicht notwendig eigene)[33]) Tatbestandserfüllung in eine solche Beziehung zu der rechtsgewährenden Norm tritt, daß sie die in ihr ausgesprochene Rechtsfolge (erforderlichenfalls zwangsweise) für sich geltend machen kann.

Das Gegenstück ist die subjektive Pflicht. Eine Person ist dann subjektiv verpflichtet, wenn sie durch Tatbestandserfüllung in eine solche Beziehung zur rechtsverpflichtenden Norm tritt, daß sie durch die in ihr ausgesprochene Rechtsfolge verpflichtet wird. Es besteht zwischen beiden daher kein formaler Unterschied[34]), sondern nur der Inhalt der Rechtsfolge ist verschieden und ihre Wirkung umgekehrt.

---

28) Leonhard a. a. O.; Radke S. 11; letzterer verzichtet nicht ausdrücklich auf das Kriterium der Rechtsmacht als Erkenntnismittel.

29) nur ein Beispiel: die Vererblichkeit des Besitzes und des Eigentums.

30) Die unvollkommenen Verbindlichkeiten sind daher keine subjektiven Rechte, sogar Klage unmöglich. Aus ethischen Gründen fehlt ausnahmsweise dem Recht auf Dienstleistung die Vollstreckbarkeit, ZPO. § 888. Klage möglich.

31) Leonhard, Allg. Schuldr. I S. 22; Arch. R. W. 10, 144.

32) Uebertragbarkeit, Pfändbarkeit, Konkursbeschlag sind ja bei ihnen meist streitig.

33) Vgl. Würdinger S. 16 und 56. Die Definition ist hier mit Rücksicht auf die Kürze der Darstellung etwas anschaulicher gefaßt. Sie bringt sachlich gegenüber der Würdingers nichts Neues.

34) Würdinger S. 16. Vgl. auch v. Tuhr I § 4 S. 93/94 ff.

Die Rechtsnorm (oder den Rechtssatz) aufzudecken, ist tägliche Arbeit des Juristen. Die Norm ist nicht identisch mit dem Paragraphen. Manche Rechtsnorm entsteht erst durch Kombination mehrerer Paragraphen (z. B. § 276 und § 325 BGB.). Mancher Paragraph enthält mehrere Rechtsnormen, (z. B. § 823). Die Auffindung der Norm ist lediglich Sache des Sinnes[35]) und besteht in dem Aufsuchen aller tatbestandlichen Voraussetzungen[36]) für die bestimmte Rechtsfolge. Die Norm besteht daher aus dem bedingenden Tatbestand und der Rechtsfolge.

Der Tatbestand zerfällt in einzelne Tatbestandselemente. Diese wirken regelmäßig in doppelter Hinsicht auf die Rechtsfolge, das subjektive Recht, ein: ihr Vorliegen erzeugt das subjektive Recht (rechtserzeugende Funktion), und sie gestalten ihren Inhalt aus (inhaltsgestaltende Funktion)[37]). Fertiges Recht und fertiger Inhalt fallen nur regelmäßig zeitlich zusammen, aber nicht stets. Die Rechtserzeugung kann der Inhaltsgestaltung vorangehen: so beim Spezifikationskauf (§ 375 HGB.) oder bei der Wahlschuld; oder sie kann ihr nachgehen, wie bei dem bedingten Kauf. Der Rechtsinhalt ist fertig, aber das Recht selbst noch nicht.

Diese Unterscheidung der doppelten Funktion der Tatbestandselemente ist höchst wichtig für die Grenze zwischen subjektivem Recht und Anwartschaft. Diese (zeitliche) Grenze wird durch die Tatbestandselemente bestimmt, soweit sie rechtserzeugende Funktion ausüben. Solange noch ein rechtserzeugendes Element am Tatbestand fehlt, liegt noch kein subjektives Recht vor. Auf die inhaltsgestaltende Bedeutung der Elemente kommt es dabei nicht an[38]).

Die getroffene Unterscheidung in rechtserzeugende und inhaltsgestaltende Elemente hat weitere Bedeutung für die Frage der Wertigkeit der Elemente untereinander hinsichtlich der Rechtsentstehung. Hier ist folgendes festzustellen: soweit sie rechtserzeugend wirken, sind alle Tatbestandselemente gleichwertig, auch die Wil-

---

35) Vgl. im einzelnen Würdinger § 2 S. 18 ff.

36) Zu beachten ist dabei, daß ein Recht selbst wieder tatbestandliche Voraussetzung für die Entstehung der Rechtsfolge (subjekt. Recht) sein kann. Eigentum (§ 903 BGB.) für den Herausgabeanspruch (§ 985 BGB.).

37) Vgl. Würdinger S. 25.

38) Würdinger S. 25 meint, die Inhaltsbestimmung des Rechts (bei § 375 HGB. oder §§ 335 ff. BGB.) sei kein Tatbestandselement mehr. Man kann diesen Begriff allerdings dahin einschränken, daß man nur das als Tatbestandselement auffaßt, was das subjektive Recht selbst erzeugt. Aber sachlich gerechtfertigt ist dies nicht. Auch der Inhalt gehört zum subjektiven Recht. Vorher ist es zwar schon ein subjektives Recht, aber nur der Struktur nach. Es gibt eben auch Tatbestandselemente, die nur inhaltsgestaltende Wirkung haben.

lenserklärung[39]). Soweit sie inhaltsgestaltend wirken, kommt der Willenserklärung überragende Bedeutung zu[40]).

Da alle rechtserzeugenden Tatbestandselemente in ganz gleicher Weise zur Rechtsentstehung beitragen, müssen alle vorliegen, damit das subjektive Recht entsteht.

Zweiter Teil.

Die Anwartschaften.

1. Die Anwartschaft als Vorstufe des subjektiven Rechts.

Vor der gänzlichen Tatbestandserfüllung besteht deshalb nur eine Anwartschaft auf ein subjektives Recht[41]). Sie taucht nur da auf, wo ein subjektives Recht im Entstehen begriffen ist. Sie ist dessen Vorstufe; insofern, wie das subjektive Recht als Rechtsfolge ein Produkt der Rechtsordnung und daher ein sekundärer Begriff. Es scheiden damit alle Hoffnungen und Aussichten aus, deren Existenz nicht durch das Vorhandensein einer Rechtsordnung bedingt wird[42]).

Das Gegenstück ist die Anwartschaft auf eine subjektive Pflicht. Gerade die Möglichkeit, ein solches Gebilde juristisch zu erfassen, wird sich für die Klärung des Rechts des Nacherben als sehr wertvoll erweisen.

Die Anwartschaft kann stets nur Vorstufe zu „einem" Recht sein, da dieses Recht Rechtsfolge einer Rechtsnorm ist, und die Norm gerade so gewählt wurde, daß nur ein Recht aus ihr entspringt. Daher enthält eine Anwartschaft auf eine Forderung nicht auch eine Anwartschaft auf das dingliche Recht, dessen Begründung durch die Forderung erzwungen werden kann[43]).

Die Anwartschaft kann als Rechtsaussicht nur dann bestehen, wenn die Tatbestandselemente der Rechtsnorm, als deren Rechtsfolge das subjektive Recht erscheint, sich nacheinander erfüllen lassen. Dem Erwerb des Eigentumsrechts durch Aneignung kann demnach keine Anwartschaft vorausgehen, da die Tatbestandserfüllung hier notwendig in „einem" Akt erfolgt. Die Anwartschaft existiert daher nur im Stadium der Tatbestandserfüllung, sie ist

39) Bei der Anwartschaft aus einer Offerte ist die Annahme (Willenserklärung) letztes rechtsbegründendes Merkmal. Es liegt daher kein Grund vor, hier an einer Anwartschaft zu zweifeln (Oertmann, Jur. Rdsch. 1934 S. 39), weil hier eine „bewußte geschäftliche Handlung des Anwartschaftsberechtigten zum Vollrecht führt, anstatt durch ein „rein objektives Ereignis".

40) Vgl. dazu im einzelnen Würdinger S. 28 ff.

41) daher keine Anwartschaft auf eine Rechtsposition, wie die Wohnsitzbegründung oder die Erlangung der Geschäftsfähigkeit, der Vertretungsmacht.

42) Würdinger S. 44. Z. B. die Aussicht, aus Vorverhandlungen Rechte zu erwerben, ein Geburtstagsgeschenk zu erhalten. Die Anwartschaft wird bewußt als Rechtsgebilde konstruiert, um sie der Rechtstechnik des Gesetzes bei der Verwertung (Güterverschiebung durch Rechtsverschiebung) anzupassen. Vgl. dazu Würdinger S. 43 Anm. 1.

43) Würdinger a. a. O. S. 47.

Zwischenrechtsfolge, d. h. die eigentliche Rechtsfolge der Rechtsnorm, das subjektive Recht, ist noch nicht entstanden. Aber schon vorher findet eine an ein oder mehrere schon erfüllte Tatbestandselemente geknüpfte Rechtsbeziehung, die Anwartschaft, Beachtung durch die Rechtsordnung (z. B. in den §§ 153, 160 BGB.). Als Vorstufe des subjektiven Rechts läßt sich die Anwartschaft auch unter entsprechender Abwandlung der Definition des subjektiven Rechts bestimmen. Danach hat eine Person dann eine Anwartschaft, wenn sie in eine solche Beziehung zu einer rechtsgewährenden Norm tritt, daß sie bei Erfüllung der restlichen Tatbestandselemente die in ihr ausgesprochene Rechtsfolge für sich geltend machen kann.

Die Definition ist, weil es sich um einen ganz allgemeinen Rechtsbegriff handelt, notwendig formal. Darin liegt ihr Vorzug, weil sie allgemein anwendbar ist, darin liegt aber auch ihre Schwäche, weil sie zu farblos ist. Sie bedarf nicht der Ergänzung, aber doch der Erklärung, der Hervorhebung von Einzelzügen der Anwartschaft.

Die Anwartschaft ist eine gegenwärtige Beziehung einer Person zu einer Rechtsnorm. Sie besteht schon gegenwärtig[44]). Dies zeigt sich darin, daß sie schon jetzt in der Rechtsordnung Beachtung findet. Manche Anwartschaften finden Berücksichtigung im Konkurs (§§ 65, 67 KO.), für manche bestehen besondere Schutzvorschriften[45]), (z. B. die §§ 130 Abs. 2, 145, 153, 161, 162, 873 Abs. 2, 2113 ff.). Sie ist keineswegs identisch mit ihnen. Dies zeigt sich schon daran, daß manche Schutzvorschriften im Falle der Verletzung der Anwartschaft[46]) ein subjektives Recht gewähren[47]), z. B. der Sicherheitsleistungsanspruch des Nacherben nach § 2128 BGB. Andere Schutzvorschriften haben nur die Wirkung von Verfügungsbeschränkungen (z. B. §§ 161, 2113, 2115), wieder andere haben nur die Bedeutung einer Gebundenheit zugunsten des Anwärters (§§ 130 Abs. 2, 145, 153, 331 Abs. 2, 873 Abs. 2). Die Anwartschaft wird nicht erst durch sie geschaffen[48]). Sie lassen sich wegdenken, ohne daß damit die Anwartschaft entfiele. Ihre einzig wahre Bedeutung

44) Würdinger S. 56/57.

45) Vgl. dazu im einzelnen Würdinger, eingehend S. 82, streifend S. 53, 54, 59, 60, 61, 62 und 66, auch Anm. 1 S. 61.

46) eine Art „pathologischer Zustand der Anwartschaft", Würdinger S. 82.

47) § 160 BGB. ist hier nicht anzuführen: er wandelt die Anwartschaft nur in eine Anwartschaft auf einen subjektiven Schadensanspruch um, der mit Eintritt der Bedingung voll zur Entstehung gelangt. Die h. M. sieht, abweichend in dem bedingten Recht, schon ein subjektives Anwartschaftsrecht. Abweichend aber Oertmann, Komm. zu § 161; Rechtsbedingung S. 125 ff.; Arch. Ziv. Pr. 123, 159.

48) so Windscheid, Pand. I § 89 Note 13 a.

liegt lediglich im erhöhten Schutz der Beziehung des Anwärters zu dem bestehenden Recht[49]).

Da die Anwartschaft Vorstufe eines subjektiven Rechts, Zwischenrechtsfolge ist, liegt auch ihre Entstehung auf dem Entstehungswege des subjektiven Rechts, also im Stadium der Tatbestandserfüllung. Die Beantwortung, wann die Anwartschaft erstmalig entsteht, und wann sie in das subjektive Recht übergeht, wird durch die Teilung der Tatbestandselemente in allgemeine und besondere ermöglicht. Zu den allgemeinen Tatbestandselementen gehören die allgemeinen Voraussetzungen für die Rechtsentstehung überhaupt: Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit, Testierfähigkeit, Verpflichtungs- und Verfügungsfähigkeit usw. Zu den besonderen Tatbestandselementen gehören alle die Merkmale, die speziell zum Erwerb eines bestimmten Rechts führen, so die Abgabe dieser speziellen Willenserklärung oder Offerte, die Errichtung eines Testaments u. a. Hieraus ergibt sich für die untere Entstehungsgrenze der Anwartschaft, daß mindestens ein Element des besonderen Tatbestands erfüllt sein muß[50]).

Die obere Grenze, bei deren Erreichung die Anwartschaft erlischt, fällt notwendig mit der Entstehungsgrenze des subjektiven Rechts zusammen. Es ist entstanden, wenn das letzte rechtserzeugende Tatbestandselement erfüllt ist. Dazu gehört auch eine gesetzte Bedingung oder Befristung, dagegen kann ein inhaltsgestaltendes Element noch fehlen (Beispiel 375 HGB.); oder sie können schon alle vorliegen, ohne daß die Anwartschaft erlöschen, und das subjektive Recht entstehen müßte (bedingter Kauf). Gleichgültig ist ferner, ob das Recht schon seine Wirkung äußert. Die Anwartschaft ist erloschen und das subjektive Recht entstanden, auch wenn es noch einredebehaftet ist, z. B. Vorausklage (§§ 770/71 BGB.)[51])

2. Rechtsfarbe der Anwartschaften.

(Relative und absolute Anwartschaften?)

Es gibt relative und absolute Anwartschaften[52]), nicht nur solche

49) Würdinger S. 60, 61, 62. Der erhöhte Grad der Sicherheit macht sie nicht zu subjektiven Rechten, wie v. Tuhr I S. 182, Radke S. 9, RGZ. 67, 425 ff. meinen. Vgl. dazu Würdinger S. 62 Anm. 1.

50) Würdinger S. 63. Damit ist die oft zu findende Grenzziehung abgelehnt, daß der Anwärter soviel getan haben müsse, daß der Rechtserwerb ipso jure eintrete.

51) Würdinger S. 70; im einzelnen ist auf die Abgrenzung der Anwartschaften von den subjekt. Rechten, insbesondere von den Gestaltungsrechten und den Ermächtigungen auf Würdinger S. 70 ff. zu verweisen.

52) Ohne nähere Untersuchung ebenso Oertmann, Allgem. Teil § 162 Ziff. 3 d; v. Tuhr I S. 217 II; vgl. auch Kaufmann, Sächs. Arch. 1909, 334; Flatau S 86 u. 30; Holz S. 23—28, der aber den absoluten Charakter der Anwartschaft aus bedingter Uebereignung aus dem fälschlich angenommenen Anwartschafts r e ch t begründet.

auf ein relatives oder ein absolutes Recht[53]). Dieser Unterschied ist strukturmäßig. Die Anwartschaft selbst hat schon die Farbe des zukünftigen Rechts. Diese ist stets dem ersten rechtserzeugenden Tatbestandselement des besondeern Tatbestandes zu entnehmen. Um dies zu beweisen, muß man zwei Gruppen von Anwartschaften unterscheiden. Jede Gruppe enthällt nicht strukturell verschiedene Anwartschaften, sondern sie unterscheiden sich nur dadurch, daß bei der ersten Gruppe durch die rechtserzeugenden Elemente auch der Inhalt des zukünftigen Rechts mitgestaltet wird, während bei der zweiten Gruppe dieser Inhalt schon fertig ist, und die rechtserzeugenden Elemente nur den Erwerb des Rechts vermitteln. Bei der zweiten Gruppe ist dem ersten rechtserzeugenden Tatbestandselement der Anwartschaft schon gleich der ganze zukünftige Rechtsinhalt abzulesen, weil er schon fertig ist.

Die erste Gruppe umfaßt alle Anwartschaften auf solche subjektiven Rechte, die bisher überhaupt noch nicht bestanden haben, sondern sich erst über die Anwartschaft hinweg entwickeln; also die Anwartschaften auf Eigentums-, Forderungs-, Pfandrechts- „Entstehung". Die zweite Gruppe umfaßt alle Anwartschaften auf schon bestehende subjektive Rechte, die aber bislang noch fremden Personen zustehen. Sie vermitteln nur den „Erwerb" dieser inhaltlich schon fertigen Rechte; also Anwartschaften auf Eigentums-, Forderungs-, Pfandrechts-„Erwerb". Man kann demnach Rechtsentstehungsanwartschaften und Rechtserwerbsanwartschaften unterscheiden. Letztere kommen namentlich im Erbrecht vor, da es sich ja hier stets um den Uebergang fertiger Rechte handelt.

Es bedarf bei beiden Gruppen des Beweises, daß das erste rechtserzeugende besondere Tatbestandselement schon den Charakter des zukünftigen subjektiven Rechts bestimmt und damit auch den Charakter der Anwartschaft entscheidet.

Die Anwartschaft wurde als eine Beziehung zu einer rechtsgewährenden Norm bezeichnet, deren rechtsmachtbekleidete Rechtsfolge der Anwärter bei restlicher Tatbestandserfüllung geltend machen kann. Diese Beziehung des Anwärters zur Norm ist gegenwärtig. Hier entsteht die Frage, woher dies kommt[54]). Dies rührt einfach daher, daß die Norm schon jetzt zum Teil[55]) auf den Anwär-

53) wie Würdinger meint S. 84. Seine Auffassung ist m. E. ein Trugschluß; er hält die Anwartschaften allgemein für farblos. Aber in Wahrheit ist nur der allgemeine Rechtsbegriff Anwartschaft farblos, wie der allgemeine Rechtsbegriff subjekt. Recht farblos ist.

54) von Würdinger wird diese Frage nicht geprüft.

55) Die Rechtsnorm findet jedoch 1. insoweit noch keine Anwendung, als sie Rechtsmacht gewährt. Denn dazu liegen noch nicht alle rechtserzeugenden Elemente vor; 2. insoweit nicht, als die der Norm entspringende Rechtsfolge (subjektives Recht) inhaltlich noch unfertig sein kann (nicht muß!), da inhaltsgestaltende Elemente noch ausstehen können (etwa Spezifikation bei einer Anwartschaft aus bedingtem Kauf).

ter Anwendung findet. Jemanden in eine Beziehung zur Norm setzen, heißt doch nichts weiteres, als die Norm auf ihn anwenden. Sie wird aber bislang nur insoweit auf den Anwärter angewandt, als sie eine Beziehung des Anwärters zu dem Objekt[56]) des zukünftigen subjektiven Rechts vermittelt[57]). Diese Beziehung ist schon ein Stück Rechtsfolge, Zwischenrechtsfolge, und strukturmäßig überhaupt erst die eigentliche Anwartschaft. Die Anwartschaft hat damit jetzt schon ein Objekt[58]), welches identisch ist mit dem des zukünftigen Rechts. Die Grenzen, wie mit diesem Objekt verfahren werden kann, (also die Herrschaftsmöglichkeit über eine Sache, das Verlangenkönnen einer Handlung usw.), werden abgesteckt durch den festbestimmten Umfang der Rechtsmacht des zukünftigen subjektiven Rechts. Am Umfang[59]) der Rechtsmacht ist der relative oder absolute Charakter eines subjektiven Rechts überhaupt erst erkenntlich. Unsere Frage läuft deshalb darauf hinaus, ob mit Entstehung der Anwartschaft schon die Rechtsmacht abgegrenzt ist. Dies ist der Fall. Es gilt der Satz: Die Anwartschaft gewährt zwar noch keine Rechtsmacht, aber mit ihrer Entstehung ist deren Umfang schon abgegrenzt. Da Rechtsmacht Inhalts„wirkung" des subjektiven Rechts ist, so sind mit der Umfangsbestimmung der Rechtsmacht auch schon die Inhaltsgrenzen des zukünftigen subjektiven Rechts festgelegt. Die nähere Inhaltsbestimmung kann allerdings (bei den Entstehungsanwartschaften) noch ausstehen.

Bei den Entstehungsanwartschaften übernimmt die Abgrenzungsfunktion der Rechtsmacht das erste besondere rechtserzeugende Tatbestandselement, soweit es inhaltsgestaltend wirkt. Die Kaufofferte, die Uebereignungsofferte begründen einmal in ihrer Eigenschaft als erstes besonderes rechtserzeugendes Element eine Anwartschaft auf ein Forderungsrecht, auf ein Eigentumsrecht; sie grenzen aber zugleich auch den Umfang der zukünftigen Rechtsmacht in

---

56) hier verstanden im allerweitesten Sinne: bei Ansprüchen ist es stets eine bestimmte Handlung (§ 194 BGB.), bei Zustandsrechten eine Sache oder ein anderes Recht (Nießbrauch, Pfandrecht am Recht).

57) Diese zweite Beziehung des Anwärters über die Rechtsnorm zum Rechtsobjekt, die sich mit der ersten teilweise — Anwärter-Rechtsnorm — deckt, fällt m. E. bei Würdinger zu sehr unter den Tisch. Er spricht immer nur von der ersten, kraft deren die Norm einmal Anwendung finden „wird". So S. 56, 57, 59, 60, 61, 62, 82, 83 u. a. Diese Beziehung ist allerdings farblos. Hierzu hat Würdinger sich wohl verleiten lassen, weil die Definition der Anwartschaft nicht auch hervorhebt, daß die Rechtsnorm teilweise jetzt schon Anwendung findet.

58) sie ist sozusagen eine Belastung des Objekts (nur ein Bild).

59) Die Rechtsmacht der einzelnen subjektiven Rechte ist nie qualitativ verschieden, sondern nur quantitativ. Ihr Inhalt ist stets der gleiche. Einfach Durchsetzbarkeit gegen eine (relativ) oder gegen jede (absolut) Person (also quantitativ!). Bei absoluten Ansprüchen darf man sich nicht irre machen lassen. Sie scheinen zunächst nur gegen eine Person durchsetzbar. Werden sie aber verletzt, so sind sie auch gegen jeden Verletzten durchsetzbar. C. verhindert an einem bestimmten Termin den B. an der Herausgabe (§ 985) an A. Schadensersatz A. gegen C. nach § 823.

ihrer Eigenschaft als inhaltsgestaltende Elemente ab und verleihen damit der Anwartschaft die Rechtsfarbe des zukünftigen Rechts. Aus der Kaufofferte kann, weil die aus ihr entstehende zukünftige Rechtsfolge (subjektives Recht) nach der anzuwendenden Rechtsnorm nur gegenüber einer Person, dem Offerenten, durchsetzbar (also relativ) ist, auch nur eine Zwischenrechtsfolge (Anwartschaft) mit relativer Rechtsmachtabgrenzung, also eine relative Anwartschaft entstehen; aus der Uebereignungsofferte nur eine absolute Zwischenrechtsfolge (Anwartschaft), weil die zukünftige Rechtsfolge, das subjektive Recht, nach der anzuwendenden Norm (bei Verletzung) gegenüber jeder Person durchsetzbar (also absolut) ist.

Es ist zu dieser Erkenntnis nicht notwendig, daß der Anwartschaft schon, wie in den genannten Fällen, neben dem Umfang der Rechtsmacht auch zugleich der ganze zukünftige Rechtsinhalt zu entnehmen ist. Die Spezifikationskaufofferte oder der bedingte Spezifikationskauf grenzen vorerst nur die Rechtsmacht ab[60]) und zeigen, daß die Anwartschaft relativ ist. Der nähere Inhalt des subjektiven Rechts ist noch nicht zu ersehen, er folgt erst, wenn die Spezifikation vorgenommen wird, vielleicht erst nach Entstehung des subjektiven Rechts.

Bei den Erwerbsanwartschaften haben alle Tatbestandselemente nur rechtserzeugende (vom Standpunkte des Erwerber-Anwärters aus; objektiv gesehen also erwerbende) Funktion. Die Rechtsmachtabgrenzung ist schon fertig, sie wird vom ersten besonderen Tatbestandselement einfach mitübernommen und verleiht der damit entstandenen Anwartschaft die entsprechende Rechtsfarbe. Für den Erben entsteht mit der Testamentserrichtung als erstem rechtserwerbenden Tatbestandselement eine Summe von Anwartschaften auf die Nachlaßgegenstände. Greift man eine Anwartschaft z. B. auf eine dem Erblasser gehörende Sache heraus, so grenzt die Anwartschaft die Rechtsmacht nicht erst ab, sondern weil sie wegen des fertigen Rechts schon abgegrenzt war, übernimmt sie sie nur und erhält deren Charakter.

Ebensowenig braucht hier wie bei den Entstehungsanwartschaften neben dem Umfang der Rechtsmacht auch schon der gesamte Rechtsinhalt fertig zu sein. Die Anwartschaft des zukünftigen Erben aus einer dem Testator erklärten Spezifikationskaufofferte beweist dies, die Vererblichkeit nach dem Offerteninhalt vorausgesetzt.

Die Folgen dieser Auffassung sind sehr bedeutsam[61]). Ihre Rich-

---

60) nur e i n e Person wird ihrem zukünftigen Inhaber mit einer bisher noch nicht festbestimmten schuldrechtlichen Handlung unterworfen sein (also relativ).

61) besonders auch für die Uebertragung und Pfändung der Anwartschaften; die Anwartschaft aus bedingter Uebereignung einer beweglichen Sache wird nach § 929 BGB. übertragen; so erst neuestens RGZ. 140, 229; Oertmann, Jur. Rdsch. 1934 S. 41; Kaufmann Sächs Arch. 1909, 334; Flatau S. 86; Holz S. 42—44 mit eingehender Begründung.

tigkeit wird zum Teil auch durch das Gesetz bestätigt[62]). Die absolute Anwartschaft, etwa aus einem bedingten Uebereignungsvertrag, zieht bei Eingriffen Dritter (Beschädigung der Sache und damit Verletzung der absoluten Anwartschaft) im Falle des Bedingungseintritts einen Schadenersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB nach sich. Dies rührt daher, daß schon die Anwartschaft eine absolut geschützte Beziehung zum Rechtsobjekt (Sache), und ihre Verletzung rechtserzeugender Tatbestand für eine neue Anwartschaft auf einen Schadensersatzanspruch ist[63]). Insbesondere wird die entwickelte Auffassung durch § 2111 bestätigt. Der Nacherbe erlangt durch seine testamentarische Einsetzung[64]) eine Summe Anwartschaften, z. B. auch eine auf eine Sache. Wird diese Sache bei dem Vorerben durch einen Dritten beschädigt, so hat der Nacherbe neben seiner absoluten Anwartschaft auf die beschädigte Sache eine zweite Anwartschaft auf den Ersatzanspruch. Rechtserzeugende Tatbestandselemente sind hier außer der Testamentseinsetzung und dem Voranfall die Beschädigung der Sache und damit Verletzung der absoluten Anwartschaft des Nacherben auf diese Sache[65]). Diese neu entstandene Anwartschaft ist reine Erwerbsanwartschaft. Sie vermittelt nur den in § 2111 BGB. ausgesprochenen Uebergang des Ersatzanspruchs und ist, wie dieser absolut.

Daraus, daß die Anwartschaften gegenwärtig sind, ein Rechtsobjekt haben und mit ihnen schon die Rechtsmacht abgegrenzt ist, folgt nicht, daß sie sich stets in ein subjektives Recht verwandeln. Dies hängt ganz davon ab, ob die fehlenden rechtserzeugenden Tatbestandselemente eintreten. Teils ist dies schon sicher, wie z. B. bei der befristeten Nacherbfolge wegen der in diesem Fall durch Gesetz bestimmten Vererblichkeit der Anwartschaft; teils unsicher wie bei dem bedingten Kauf. Ebensowenig sind sie dadurch, daß in

---

62) unter diesem Gesichtspunkt wäre auch einmal zu prüfen, ob der Herausgabeanspruch des Eigentümers, der seine Sache verpfändet oder verliehen hat, schon besteht und nur einredebehaftet ist (§ 986), oder ob hier vorerst nur eine Anwartschaft vorliegt. Dies ist neben der Frage der Anspruchskonkurrenz und der Frage, ob dann in § 931 eine bloße Anwartschaft mit gleichem Rechtserfolg (Eigentumsübergang) abgetreten wird, prozessual wichtig, ob der streitige § 986 einredeweise (h. M.) oder von Amtswegen zu berücksichtigen ist. Dogmatisch ist die Frage interessant, ob die Ausübung des Eigentums (Verpfändung, Verleihung) auch anspruchserzeugende Verletzung ist, oder ob Verletzung des Eigentums nur außerhalb des Gebiets der Ausübung möglich ist. Vgl. dazu Scherk, Iher. Jb. 67, 301 ff.; Siber, Passivlegitimation; Oertmann, Arch. Ziv. Pr. 113, 51 ff.; Iher. Jb. 61, 44 ff.

63) Dieser Ansicht auch Enneccerus § 185 I, 1 c. Hellwig, Grenzen S. 11 ff. Oertmann § 161, 3 a u. b, der aber schon vor Vollrechtsentstehung Ersatz gewähren will (?).

64) mit dem Voranfall erlangt die A. nur erhöhten Schutz und Sicherheit.

65) Eine A. auf Eigentum verschafft aber nicht zugleich Anwartschaften auf alle späteren aus dem Eigentum fließenden Ansprüche; vgl. Würdinger S. 21 c und 47; (denn für sie fehlt das erste besondere rechtserzeugende Tatbestandselement).

ihnen schon die Machtbefugnis abgegrenzt liegt, subjektive Rechte. Gerade das Spezifische des subjektiven Rechts, die Rechtsmacht, fehlt ihnen noch vollkommen.

Die herrschende Lehre ist hier für manche Anwartschaften anderer Ansicht. Aber daß sie sich mit dem von ihr aufgestellten Begriff des subjektiven Rechts in Widerspruch setzt, kann sie nicht leugnen[66]). Sie kommt zu dieser falschen Folgerung, um einen anderen falschen, geradezu axiomatisch[67]) behandelten Satz zu retten: Verfügungsgegenstand könne nur ein Recht sein. Dieser Satz komme hinreichend in den §§ 398 ff., 413, 873 ff., 929 ff. u. a. zum Ausdruck. Da nun aber auch bedingte und befristete Rechte zweifellos übertragbar sind, so müßten sie danach eben auch Rechte sein. Aber in Wahrheit werden hier gar keine Rechte, sondern bloße Anwartschaften übertragen[68]). Und in jenen Satz ist schon längst eine Bresche geschlagen, wie die genannten Beispiele zeigen. Man zieht nur noch nicht die notwendige Folgerung, daß jener Satz in so enger Form gar nicht gilt[69]).

3. Allgemeine Grundsätze zur Uebertragung der Anwartschaften.

Freilich kann man dem nicht den anderen Satz gegenüberstellen, daß alle Anwartschaften abtretbar sind[70]). Aber wenigstens den, daß auch Anwartschaften abtretbar sind. Wann das der Fall ist, bedarf stets der Einzeluntersuchung; insbesondere nehmen rechtspolitische Erwägungen hierfür breitesten Raum ein, da es nur Sinn hat, schutzwurdige Anwartschaften der Rechtsdisposition zugänglich zu machen. Immerhin lassen sich auch hierfür einige ganz allgemeine juristische Gesichtspunkte herausstellen[71]).

Die Uebertragbarkeit einer Entstehungsanwartschaft hängt nicht von der rechtsgeschäftlichen Uebertragbarkeit des einzelnen Vollrechts ab: Bei diesen ist sie vielmehr durch eine prinzipielle Unabhängigkeit der Anwartschaft von der Person des Anwärters bedingt. Die Anwartschaft aus einer Kaufvertragsofferte ist regelmäßig unübertragbar[72]), da die Offerte und damit die Zuwendung der Anwartschaft sich gerade an diese bestimmte Person richtet.

---

66) Vgl. Enneccerus I § 66, III.

67) Vgl. z. B. Eccius, DJZ. 09, 53 ff.; Gruch. 48, 465 ff.; 53, 1 ff.; Süß S. 21 und 22.

68) richtig Oertmann § 161 Anm. 3 und 4 c; Rechtsbindung S. 125.

69) Die Uebertragungstheorie künftiger Forderungen, etwas gänzlich anderes als die Anwartschaftsabtretung, widerstreitet dem Satz allerdings nicht, da hier nur das Verfügungsgeschäft antizipiert ist, und sein Gegenstand, die Forderung, wenigstens für einen Moment, über den Zedenten läuft: Durchgangstheorie. Sie allein ist brauchbar. Vgl. dazu Oertmann, Rechtsbedingung S. 185; Jur. Rdsch. 1934, 37.

70) so allerdings Oertmann, Jur. Rdsch. 1934, 39.

71) Vgl. dazu Würdinger S. 57 Anm. 2.

72) auch unvererblich, vgl. Staudinger zu § 153, 3 b.

Das entstehende subjektive Recht kann demgegenüber sehr wohl übertragbar sein.

Bei den Erwerbsanwartschaften dagegen dürfte sich wohl die Uebertragbarkeit nach der des Vollrechts richten[73]). Denn da die Unübertragbarkeit entweder auf positiver Vorschrift, Vereinbarung (§ 399 BGB.) oder in dem Wesen des Rechts beruht, immerhin also der Anwendung einer Rechtsnorm entspringt, kann dies bei der Anwartschaft als teilweiser Normanwendung nicht anders sein. Wenn im Erbrecht Anwartschaften auf unübertragbare Rechte, etwa auf vereinbarungsgemäß unübertragbare Forderungen ausnahmsweise durch einen Gesamtakt mit anderen Anwartschaften übertragen werden können, so beruht dies nur darauf, daß in diesem Falle auch die sonst unübertragbaren subjektiven Rechte ausnahmsweise übertragbar sind. Einmal überträgt sich ja hier die unübertragbare Forderung kraft Gesetzes (§ 1922 BGB.), aber auch bei Veräußerung der Erbanteile durch die Miterben kraft Rechtsgeschäfts.

Die herrschende Meinung folgt hier nicht. Sie ist namentlich bei dem Recht des Nacherben der Ansicht, daß hier ein subjektives Recht übertragen werde. An diesem Recht soll im folgenden der gewonnene Anwartschaftsbegriff einer Probe auf seine Richtigkeit unterzogen werden.

Zweiter Abschnitt.

Das Recht des Nacherben als Anwartschaftskomplex.

Erster Teil.

Die gesetzlichen Bestimmungen und ihr Beweiswert für ein subjektives Recht des Nacherben.

Das bürgerliche Gesetzbuch verleiht dem Nacherben nach seinem Wortlaut, wie er einer Reihe von Bestimmungen zu entnehmen ist, ein Recht, das Recht des Nacherben. Dabei zeigt sich, daß dieses Recht vom Gesetz teils nur mittelbar, teils auch unmittelbar berührt wird.

---

73) hier abweichend von Würdinger a. a. O. Oertmann, Jur. Rdsch. 1934 S. 39, will dies ganz allgemein für alle Anwartschaften gelten lassen. Wann im Einzelfall die Anwartschaft abtretbar ist, ist natürlich noch nicht gesagt. Der Uebertragung der Anwartschaften aus Testamentserrichtung steht m. E. schon § 312 entgegen.

1 a) So sind gewisse Verfügungen des Vorerben, die diesem Rechte zuwiderlaufen, im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam (§ 2113 Abs. 1). Dasselbe gilt für Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen (§ 2115 BGB.). Eine erhebliche Verletzung der Rechte des Nacherben hat eine Sicherheitsleistungspflicht des Vorerben zur Folge (§ 2128 BGB.). In diesen Vorschriften zeigt sich das Recht des Nacherben gleichsam von seiner passiven Seite. Es bildet ein für den Vorerben und Dritte unübersteigliches Hindernis.
b) Ihnen tritt aber eine Reihe anderer Bestimmungen gegenüber, die das Recht unmittelbar betreffen. Es ist unter bestimmten Voraussetzungen vererblich (§ 2108 Abs. 2 BGB.). Es erstreckt sich im Zweifel auch auf einen Erbteil, der dem Vorerben infolge Wegfalls eines anderen Miterben anfällt (§ 2110 BGB.). Der Nacherbe kann die Erbschaft schon vor dem Eintritt des Nacherbfalls annehmen[1]) und ausschlagen (§ 2142 BGB.). Schließlich ist das Recht auch im Grundbuch von Amtswegen bei dem eingetragenen Rechte des Vorerben zu vermerken (§ 52 GBO.).
2) Neben diesen Vorschriften sind dem Nacherben nun noch eine Reihe weiterer Befugnisse verliehen, die alle der Erhaltung und reibungslosen Ueberleitung der Nacherbschaft auf den Vorerben dienen.
a) So hat der Nacherbe schon vom Erbfall an ein Recht auf Mitteilung eines Nachlaßverzeichnisses (§ 2121 BGB.), auf Feststellung des Erbschaftszustandes (§ 2122/23 BGB.), auf Auskunft über den Bestand der Erbschaft (§ 2127 BGB.), in gewissen Fällen auf Sicherheitsleistung und Bestellung eines Verwalters (§§ 2128/29 BGB); ein Recht auf Hinterlegung von Inhaberpapieren (§ 2116 BGB.), auf Sicherung von Staatsschuldbuchforderungen (§ 2118 BGB.); schließlich auf Rechnungslegung und Herausgabe der Erbschaft (§ 2130 Abs. 1 und 2 BGB.). Die beiden letztgenannten Rechte sind vom Eintritt des Nacherbfalls abhängig, sie sind demnach rein zukünftig.

Diese Gruppierung der Gesetzesäußerung soll zum Ausgangspunkt der Untersuchung genommen werden. Ihnen muß sich vorzüglich die Auslegung zuwenden. Ziel ist dabei Klarstellung des maßgebenden Sinnes eines Rechtssatzes oder Rechtsinstituts[2]).

1. Der Gesetzeswortlaut.

Hierzu trägt zunächst der Gesetzeswortlaut, der Wortsinn bei. In dieser Hinsicht läßt das Gesetz nun keinen Zweifel zu. Es spricht vom „Recht" des Nacherben. Sicher ist auch, daß der Wortlaut zur Auslegung heranzuziehen ist. Allein entscheidende Bedeutung kann ihm in einem hochentwickelten, nicht mehr am Aeußeren haftenden Rechte keineswegs beigemessen werden. Diese kommt viel-

1) Die Annahme ist bestritten. Vgl. die Ausführungen unten S. 24.
2) Enneccerus I § 49, I.

mehr dem anerkannten Gesamtsinn zu. Rechtssicherheit, dem vor allem die unbedingte Geltung des Wortes in einem primitiven Rechte dient, wird heute in vollkommenerer Weise durch Wissenschaft und einheitliche Rechtsprechung verbürgt. Die gesetzliche Bezeichnung als Recht beweist damit noch keineswegs, daß es sich bei diesem Rechtsgebilde um ein gegenwärtiges subjektives Privatrecht handelt.

2. Die Stellung der Materialien.

Es gilt demnach, gegebenenfalls auch unter Verleugnung des Wortsinns auf den wirklichen Sinn, den das Gesetz mit dem Rechte des Nacherben verbindet, vorzudringen. Hierfür können zunächst einmal die Gesetzesmaterialien zur Unterstützung herangezogen werden.

Die Motive zum Entwurf 1 lassen an den verschiedensten Stellen folgendes erkennen: die Einsetzung als Nacherbe ist echte Erbeinsetzung, der Anfall geschieht ganz nach allgemeinen Regeln[3]). Der Nacherbe erwirbt daher bei Eintritt des Nacherbfalls die Erbschaft „kraft Gesetzes“ [4]). Eine Restitution von seiten des Vorerben, wie sie im gemeinen Recht erfolgen mußte, ist nicht erforderlich[5]). Ausdrücklich wird dann hervorgehoben[6]), daß der Nacherbe auf diesen Anfall bereits ein Recht habe, und dieses ihm „schon mit dem Eintritt des Erbfalls kraft Gesetzes und gleichzeitig mit dem Erwerbe der Erbschaft durch den Vorerben“ [7]) zufalle. Der Vorerbe erwerbe die Erbschaft daher „nur mit der dem Rechte des Nacherben entsprechenden Beschränkung“ [8]).

Mit dieser Stellungnahme zeugen die Motive ganz für die Richtigkeit des Gesetzeswortlauts. Sie lassen darüber hinaus aber auch gleichzeitig eine Unvollständigkeit und Unklarheit hinsichtlich der Erfassung des Nacherbenrechts erkennen, die auch in das Gesetz Eingang gefunden hat. Diese Unklarheit tritt in der Gegenüberstellung von „Anfall kraft Gesetzes“ und „Recht auf den Anfall“ zutage. Hiernach taucht die berechtigte Frage auf[9]), welchen Zweck eigentlich das behauptete Nacherbenrecht erfülle, wenn sich der Anfall der Vorerbschaft an den Nacherben ohnehin kraft Gesetzes vollzieht, es auch sonst dem Nacherben keinerlei Befugnisse in der Richtung seiner Geltendmachung oder vorzeitigen Veräußerung einräumt. Es kann auch nicht dazu bestimmt sein, den Bestand der Nacherbschaft in einem bestimmten Umfange zu sichern; dazu dienen die oben unter 1a und 2a aufgeführten Verfügungsbeschränkungen

3) Mot. V S. 82.
4) Mot. V S. 81, 82, 89. Vgl. auch 80.
5) a. a. O. S. 81.
6) a. a. O. S. 82.
7) a. a. O. S. 82.
8) a. a. O. S. 82.
9) Diese Frage ist in anderem Zusammenhang schon von Brecht, Iher. Jb. 61, 270 gestellt worden. Vgl. dazu Enneccerus § 185 Anm. 7.

und Schutz- oder Hilfsrechte, mit denen es keineswegs identisch ist[10]). — Auch auf diese Frage geben die Materialien keine Auskunft, ebensowenig wie sie nähere Angaben über die rechtliche Eigenart und Konstruktion des Nacherbenrechts machen.

Die getroffenen Feststellungen aus den Materialien beweisen daher für den Bestand eines gegenwärtigen subjektiven Nacherbenrechts nichts. Zwar bestätigen sie den Wortsinn des Gesetzes, indem sie die Absicht des Gesetzgebers erkennen lassen, dem Nacherben ein Recht auf den Anfall der Vorerbschaft zu verleihen. Jedoch ist der Wille des Gesetzgebers nicht in dem Sinne maßgeblich, daß alles, was er bei Erlaß einer Norm gewollt und hinreichend deutlich erklärt hat, nun auch Gesetz geworden sei. Erfüllt ein Rechtsgebilde die Erfordernisse nicht, die der Gesetzgeber selbst für ein subjektives Recht aufstellt, so kann es auch nicht als ein solches anerkannt werden, selbst wenn er es als Recht bezeichnet.

3. Die Wirkungen des Rechts des Nacherben.

Eine weitere Erkenntnisquelle für das Wesen eines Rechtsgebildes bietet sich in der Untersuchung seiner Wirkungen. Eine Reihe dieser Wirkungen sind oben in der Gruppe 1a zusammengestellt: die Wirkungen des Rechts des Nacherben hinsichtlich ihm zuwiderlaufender Verfügungen in den §§ 2113, 2115 und hinsichtlich drohender erheblicher Verletzungen in § 2128 BGB.

Die beiden ersten Vorschriften sind nichts anderes als Verfügungsbeschränkungen des Vorerben zugunsten des Nacherben. Fraglich ist, welches Gut eigentlich in ihnen geschützt wird. Nach dem Wortlaut ist es das Recht des Nacherben. Aber der Wortlaut ist nicht maßgeblich, besonders hier nicht. Die bloße Existenz von Schutzvorschriften erhebt das geschützte Gut noch nicht zu einem subjektiven Recht. Sonst müßte man ein subjektives Recht auf Freiheit und Unverletzlichkeit des Körpers anerkennen, da sie in § 823 Abs. 1 BGB. geschützt werden. Vielmehr führt folgende Ueberlegung zum Ziel: Die Schutzvorschriften sind ganz auf den zukünftigen Eintritt des Nacherbfalls abgestellt; sie treten daher auch erst mit ihm in Wirksamkeit. Vorher ist die Verfügung nicht verboten, sondern durchaus zulässig und rechtswirksam[11]). Aber das verfügte Grundstück oder Grundstücksrecht oder die unentgeltlich verfügten Sachen oder Forderungen sind mit Erwerbsanwartschaften belastet[12]), die im Falle der Nacherbfolge kraft der Schutzvorschrift das verfügte subjektive Recht von dessen Erwerber auf den Anwärter zurückspringen lassen; aber erst von diesem Augenblick an. Es tritt daher auch keine Rückwirkung ein, die Zwischenverfügung bleibt vielmehr bis zum Eintritt des Nacherbfalls wirksam. Daraus folgt, daß in der Zwischenzeit gezogene Früchte ihrem

---

10) Vgl. dazu KG. in OLGE. 26, 329 ff.
11) Vgl. dazu Planck V § 2113 c; Leonhard, Erbrecht § 2113 I C.
12) Vgl. oben S. 13 Anm. 58.

Inhaber verbleiben[13]). Die Anwartschaft berechtigt nicht zum Fruchtgenuß. Gegenstand der Schutzvorschriften ist also nicht ein einheitliches Recht des Nacherben, sondern bestimmte Anwartschaften auf ganz bestimmte subjektive Rechte (Grundstücksrechte und unentgeltlich verfügte Rechte). Das trifft auch bei Mitnacherben zu; denn auch sie haben, wie unten (S. 34 ff.) zu zeigen sein wird, Anwartschaften an den einzelnen Nachlaßgegenständen. Selbst wenn man ein subjektives Recht des Nacherben bejahen will — diese Ansicht soll im weiteren widerlegt werden —, so kann man es auf keinen Fall aus den genannten Schutzvorschriften beweisen oder diese zu seinem Beweise heranziehen[14]). Es wäre ja auch ganz sinnlos, die Schutzvorschriften auf das Nacherbenrecht zu beziehen. Dieses geht ja, wie die herrschende Meinung sagt, nur auf den Anfall und äußert nur erbrechtliche und keine sachenrechtlichen Wirkungen[15]). Die hier in Frage stehenden Wirkungen sind aber zu einem Teil (§ 2113 Abs. 1) durchaus sachenrechtlicher Art. Der Anfall selbst bedarf auch gar keines Schutzes, er hängt vom Zeitablauf oder von einem Bedingungseintritt ab und erfolgt mit ihnen von selbst.

So zeigt eine nähere Betrachtung auch hier, wie irrig die Meinung des Gesetzgebers über das Nacherbenrecht selbst war. Er geht von der klar ausgedrückten, aber falschen Ansicht aus, Schutzobjekt sei in den §§ 2113 und 2115 das Recht des Nacherben[16]).

In einer wunderlichen Anomalie steht hierzu die Bestimmung des § 2128. Sie ist wohl eher durch Zufall richtig geraten. Nicht dem Rechte des Nacherben muß eine erhebliche Verletzung für die Begründung eines Sicherheitsleistungsanspruchs drohen, sondern den „Rechten des Nacherben". Hiermit können nur die ihm zukünftig einmal anfallenden Rechte gemeint sein. Denn das Recht des Nacherben ist nur „ein" Recht, die gegenwärtigen Hilfsrechte sind aber sicherlich nicht gemeint. In der Rechtsprechung[17]) wird die Bestimmung auch bei Verletzung der in den §§ 2114 und 2119 begründeten Pflichten angewandt. Dies beruht aber auf einer erweiterten Auslegung. Aber warum spricht der Gesetzgeber nicht von einer Verletzung des „Rechts des Nacherben"? Nach seiner Meinung besteht es doch gegenwärtig schon, er schützt es durch Verfügungsbeschränkungen. Folglich müßte ihm gegenwärtig doch auch eine Verletzung drohen können, wenn sie einem erheblichen Teil des Nachlasses[18]) droht. Hier jedoch stand ausnahmsweise die richtige Vorstellung im Vordergrund, daß die einzelnen Nachlaßgegenstände

---

13) Vgl. dazu Oertmann, Kommentar zu § 161 BGB. 1. c.

14) so KG. in OLGE. 26, 329 ff. Schlegelberger, Seuff. Bl. 78, 105.

15) KG. a. a. O.; in merkwürdigem Widerspruch spricht es dann doch wieder von gewissen dinglichen Wirkungen des Anfechtungsrechts (?) aus § 2113.

16) im Ergebnis zustimmend Leonhard. Arch. W. R. 10, 145 u. 148.

17) Vgl. Sächs. Arch. 1910, 539.

18) Leonhard, Erbrecht § 2128, I.

und damit die an ihnen bestehenden Einzelrechte Verletzungsobjekt sind. Das rein erbrechtliche Anwartschaftsrecht auf den Anfall, das ja nach der herrschenden Meinung keine sachenrechtliche Beziehung zu den Nachlaßgegenständen darstellt, sondern nur ein Recht auf den Eintritt eines Erwerbsaktes ist, kann überhaupt nicht verletzt werden. Aus diesem Grunde ist die fragliche Vorschrift, allerdings ohne volle Erkenntnis des Gesetzgebers, richtig geraten. Gerade aber diese Vorschrift zeugt sehr dafür, daß man ein Anwartschaftsrecht auf den Anfall dem Gesetz gar nicht unterschieben kann. Ein Recht lediglich auf den Eintritt eines ohnehin schon kraft Gesetzes erfolgenden Erwerbsaktes dürfte schwerlich ein Recht sein. Ihm fehlt das oben gewonnene Kriterium der Durchsetzbarkeit.

Man hat weiter das Recht des Nacherben aus den materiellrechtlichen Befugnissen zu begründen versucht, die der Nacherbe schon mit Eintritt des Erbfalls erhält[19]). Diese sog. Hilfsrechte sind schon oben (2a) in einer Gruppe zusammengestellt. Aber diese Ansicht beruht auf einer ganz unrichtigen Identifizierung der Hilfsrechte mit dem Rechte des Nacherben. Sie alle haben einen von dem Nacherbenrecht durchaus verschiedenen Inhalt. Gerade die beiden wichtigsten Hilfsrechte gehören nicht einmal zu ihnen: der Herausgabeanspruch und der Anspruch auf Rechnungslegung. Beide sind zukünftig[20]).

So harrt noch eine letzte Gruppe (1 b) von Vorschriften der Untersuchung. Sie umfaßt die Bestimmungen, welche das Recht des Nacherben unmittelbar berühren. In ihr liegen auch die stärksten Argumente der herrschenden Meinung. Es bedarf daher der genauesten Einzeluntersuchung; andernfalls bleibt die Beweisführung zweifelhaft.

An erster Stelle ist oben (1 b) die Vererblichkeit genannt (§ 2108 BGB). Ihr Beweiswert ist zu ergründen.

Die Protokolle[21]) lassen zwar erkennen, daß der Rechtscharakter des Nacherbenrechts durch Anordnung der Vererblichkeit gestärkt werde. Vor allem gewinne das Recht hierdurch an Wert und unterstütze die Kreditwürdigkeit seines Inhabers, wenn es durch dessen Lebensdauer nicht bedingt sei. — Aber es ist wenig ermutigend, aus dieser Ansicht der Protokolle bestimmte Schlüsse für den Bestand und Rechtscharakter des Nacherbenrechts zu ziehen. Durch die oben angeführten Nachweise ist erhärtet, daß die Materialien das Recht des Nacherben selbst nur sehr unscharf erfaßt haben. Die Geringfügigkeit des Beweiswertes zeigt auch eine nähere Betrachtung des § 2108 [22]).

---

19) Tschierschky, Recht des Nacherben S. 21.
20) so mit Recht das KG.: OLGE. 26, 329.
21) S. 81/82; vgl. auch die Denkschrift S. 284.
22) Vgl. auch du Chesne, ZBlFG. 1908, 537 Anm. 1.

Nach ihm tritt die Vererblichkeit nur in einem, allerdings praktisch wichtigen Falle ein. Es muß sich um eine befristete Nacherbeneinsetzung handeln und der Wille des Erblassers der Vererblichkeit nicht entgegenstehen. Für befristete Einsetzung, die nach dem Willen des Erblassers nur dem von ihm benannten Nacherben zugute kommen soll, ebenso wie für die bedingte Einsetzung und schließlich für den Fall, daß sich der Nacherbe erst mit Eintritt des Nacherbfalls bestimmt (§ 2104 BGB.)[23]), ist daher mit dem Hinweis auf § 2108 Abs. 2 gar nichts bewiesen[24]). Ferner ist die Vererblichkeit auch keineswegs ein unbestrittenes und untrügliches Kennzeichen eines subjektiven Rechts. Es gibt subjektive Rechte, die unvererblich sind, so die Leibrente, die Mitgliedschaft bei einem rechtsfähigen Verein (§§ 38 und 40 BGB.), das schuldrechtliche Vorkaufsrecht (§ 514), der Nießbrauch und die beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten (§§ 1061 und 1090 BGB.) u. a.; und andererseits Rechtsstellungen[25]), die vererblich und dennoch keine subjektiven Rechte sind, so der Vertragsantrag nach § 153 BGB. oder die noch nicht angenommene Anweisung[26]), der Besitz nach h. M.[27]). Die Vererblichkeit ist mithin nur regelmäßig eine Eigenschaft des subjektiven Rechts. Es steht dem Gesetzgeber, ohne daß man ihm deshalb den Vorwurf fehlerhafter Begriffsbildung machen könnte, daher ganz frei, eine Rechtsstellung nach dem Vorbilde des subjektiven Rechts zu behandeln, ohne ihr im übrigen alle Eigenschaften eines subjektiven Rechts zu verleihen. Auch ist es bei Verneinung eines gegenwärtigen subjektiven Nacherbenrechts durchaus nicht notwendig, in der Vererblichkeit des § 2108 eine positivrechtliche Ausnahmebestimmung zu sehen, der entscheidende Bedeutung für die Konstruktion nicht beizumessen sei. Vielmehr zeigt sich in ihr, daß auch Anwartschaften vererblich sind.

Noch weniger beweist das Ausschlagungsrecht des § 2142. Die Vorschrift verfolgt einen rein praktischen Zweck; sie will einem Pflichtteilsberechtigten (vgl. § 2306), der als Nacherbe eingesetzt ist, ermöglichen, durch vorzeitiges Ausschlagen schon jetzt, vor dem eigentlichen Anfall der Nacherbschaft, seinen Pflichtteilsanspruch geltend machen zu können[28]). Dazu ist es aber durchaus nicht nötig, als Gegenstand des Ausschlagungsgeschäfts ein subjektives Recht anzunehmen. Es ist juristisch ebenso haltbar, als Gegenstand eine Anwartschaft oder — wie sich für das Recht des Nacherben zeigen wird — einen ganzen Anwartschaftskomplex zu sehen, da auch die

---

23) Vgl. dazu Strohal I S. 171. P. Meyer I S. 271.
24) ebenso Leonhard, Arch. R. W. 10, 146.
25) Kohler I S. 161 und Enneccerus I § 75 Anm. 1.
26) § 791 BGB. Vgl. dazu Strohal I § 1 Anm. 22.
27) Binder, Rechtsstellung I S. 47; de Boor, Bürgerl. Recht § 100, II; Crome § 342 Ziff. 7; Enneccerus I § 73. Etwas abweichend in der Ansicht Rosenberg, Sachenrecht, zu § 857, I; a. M. Wolff, Sachenrecht § 3, III.
28) Vgl. Mot. V. S. 121.

Anwartschaft schon eine gegenwärtige Rechtsbeziehung zu einem bestimmten Objekt ist. Durch die Ausschlagung fällt der Anwartschaftskomplex dem Nächstberufenen an und bedeutet für den ausschlagenden Anwärter die Verhinderung späterer Vollrechtsentstehung in seiner Person.

Umgekehrt verhält es sich mit der Annahme. Zwar schweigt das Gesetz über ihre Zulässigkeit an einer Stelle, wo sie eigentlich hätte ausgesprochen werden sollen, in § 2142 BGB. Die Frage ist daher in der Literatur umstritten[29]). Dennoch aber kann man sie bejahen, ohne ein subjektives Nacherbenrecht annehmen zu müssen. Für Annahme und Ausschlagung gelten neben § 2142 auch die Bestimungen der §§ 1942 ff., insbesondere § 1946. Gerade letzterer enthält für alle Erbrechtsfälle einschließlich dem der Nacherbfolge eine allgemeine Regelung des Zeitpunktes für die Zulässigkeit der Annahme oder Ausschlagung[30]). Dies ist stets der Erbfall. Auf den Anfall der Erbschaft kommt es dabei nicht an. Die Annahme bedeutet nichts anderes als einen Verzicht auf Ausschlagung; bei gewöhnlicher Erbfolge ein Behalten der erworbenen Einzelrechte, bei der Nacherbfolge vor dem Nacherbfall ein Behalten des Anwartschaftskomplexes; nicht aber, wozu der Wortsinn verleiten könnte, den Erwerb eines subjektiven Rechts wie bei der ganz anders gearteten Vertragsannahme.

Das Recht des Nacherben ist im Grundbuch eintragbar (§ 52 GBO.). Auch dieses bedarf der Untersuchung seines Beweiswertes. Seine Eintragungsfähigkeit bereitet notwendig Schwierigkeiten, wenn man es als subjektives Recht auffaßt. Gerade hier im Grundbuchrecht scheiden sich wieder die Meinungen. Folgt man der herrschenden Lehre, so mangelt ihm als Recht auf den Anfall der dingliche Charakter[31]). Es besteht ja nicht an den einzelnen Gegenständen des Nachlasses. Danach könnte es eigentlich auch nicht eintragbar sein[32]). Folgt man dagegen der Ansicht von Predari[33]), so kann man sich dieses Recht als ein einheitliches gar nicht mehr vorstellen. Es zerfällt in lauter einzelne subjektive Rechte. Zu dieser Folgerung muß man kommen, da es nach dieser Meinung „nicht bloß den Nachlaß als Ganzes, sondern auch die einzelnenn Erbschaftsgegenstände jedenfalls insoweit ergreift, als sie in Grundstücken oder in Rechten an solchen bestehen“. Wenn es die Grundstücke oder Rechte an solchen ergreift, warum soll es dann nicht auch die anderen Gegenstände ergreifen? Schließlich müßte man auch

---

29) dafür: Kleinschmidt a. a. O.; Herzfelder, JW. 1917, 580; RGRK. § 2142, 1; Staud.-Herzfelder § 2142; Strohal II § 61 a. RGZ. 80, 377 ff.; OLGE. 34, 283; dagegen: Kipp § 92 bei Note 11; Mantey, Gruch. 60, 937.

30) Kleinschmidt a. a. O.

31) KG. OLGE. 26, 329 ff.; Staud.-Herzfelder § 2100, 5; § 2108 Anm. 2.

32) Vgl. zur Eintragbarkeit überhaupt Wolff, Sachenrecht § 31, II.

33) GBO. § 52 Anm. 2.

noch Rechte an den Schulden der Vorerbschaft annehmen[34]). Wäre es überdies nicht ein neues Sachenrecht außerhalb des Kreises der dinglichen Rechte[35])? Man sieht, die eine wie die andere Auffassung führt zu Unzuträglichkeiten, letztere ist schier unmöglich.

In Wahrheit wird hier gar kein subjektives Recht gebucht. Der Wortlaut trügt auch hier, wie stets in dieser Frage. Welches Grundstück oder Grundstücksrecht sollte das Nacherbenrecht auch belasten, wenn eine Beziehung im Sinne eines subjektiven Rechts zu ihm gar nicht besteht? Allerdings wird auch keine Grundstücksanwartschaft gebucht, denn die Anwartschaft ist nicht buchungsfähig, da sie kein subjektives Recht ist. Es wird vielmehr nur eine Verfügungsbeschränkung des Vorerben vermerkt[36]). Sein Recht wird „richtig" eingetragen. Dies erkennt die h. M. auch an[37]). Verfügungsbeschränkungen gewähren aber keine subjektiven Rechte[38]), z. B. der Konkursvermerk, die Nachlaßverwaltung, die Beschlagnahme bei der Zwangsvollstreckung. Weil die Eintragung nur eine Verfügungsbeschränkung bestimmter Sachenrechte des Vorerben ist. kann sie nur erfolgen, wenn das einzelne Sachenrecht des Vorerben eingetragen ist[39]). Sie ist deshalb auch an der Stelle einzutragen, an der das zu beschränkende Recht steht, bei dem Eigentum, der Hypothek oder der Grundschuld[40]). Schon daraus ergibt sich der Charakter einer Verfügungsbeschränkung. Er folgt weiter aus dem Wortlaut der Eintragung. Sie hat den Namen des Nacherben, das Vorliegen der Nacherbschaft durch die Worte „Nacherbe" oder „Nacherbschaft" und die Voraussetzung ihres Eintritts zu bezeichnen[41]). Sie lautet aber nicht: ein Nacherbenrecht für .... Eingetragen am .... Eine solche Eintragung wäre irreführend.

Da nicht ein Recht des Nacherben gebucht wird, hat dieser auch keinen Berichtigungsanspruch[42]). Einen Berichtigungsanspruch hat nur der, dessen Recht nicht eingetragen oder durch Eintragung einer nichtbestehenden Beschränkung beeinträchtigt ist. Beides trifft nicht zu; umgekehrt, eine bestehende Beschränkung ist nicht einge-

34) So in der Tat Enneccerus I § 72 II für den Fall, daß der Erblasser nur Schulden hinterläßt. Diese Auffassung ist allerdings so verzweifelt wie folgerichtig.

35) Vgl. dazu du Chesne. ZBlFG. 1908, 535.

36) so sagt auch das RG. 83, 437, sieht dies aber als Wirkung eines gebuchten subjektiven Rechts an (?).

37) KG. in OLGE 26, 329 ff.

38) Wolff § 31 Anm. 2.

39) Vgl. Güthe-Triebel § 52 Anm. 14.

40) daß der nichteingetragene Vorerbe nach § 41, I GBO. den Nacherben beeinträchtigen kann, ist eine bedauerliche, aber einschränkbare Lücke des Gesetzes; vgl. dazu Predari § 41 Anm. 5.

41) Vgl. Güthe-Triebel § 52 Anm. 10 und 14.

42) anders, aber unzutreffend zufolge ihrer Auffassung Güthe-Triebel § 52 Anm. 6; Predari § 52 Anm. 2.

tragen, nur der Vorerbe kann die Berichtigung erwirken. Für den Nacherben erfolgt sie von Amtswegen (§ 52 GBO.) [43]).

Zweiter Teil.

Die rechtliche Konstruktion des Rechts des Nacherben.

I. Einheitlichkeit des Nacherbenrechts?

(Subjektives Erbrecht als Vollrecht? Der Nachlaß als einheitliches Rechtsobjekt?)

Damit sind die gesetzlichen Bestimmungen über das Recht des Nacherben erschöpft. Ihre Untersuchung hat nichts für den Bestand eines subjektiven Rechts ergeben. Die Bestandsfrage wäre weiter zu klären, wenn seine Abtretung, Pfändung und Zugehörigkeit zur Konkursmasse sicher wäre. Die herrschende Meinung bejaht dies überwiegend. Das Gesetz regelt diese Fragen jedoch nicht. Sie sind daher höchst streitig. Es verlohnt darum auch nicht, diese Fragen schon hier zu prüfen und aus ihnen auf den Bestand des Rechts zu schließen. Man müßte sonst Streitiges mit Streitigem beweisen. Es gibt aber noch einen Weg der Lösung: das behauptete Recht einmal selbst zu untersuchen; nicht seine Wirkungen — diese sind bereits, soweit das Gesetz sie ausspricht, untersucht —, sondern seine rechtliche Konstruktion, seine Struktur. Da es ein Recht sein soll, muß es als ein solches vorstellbar sein. Der Beweis für die Wohlüberlegtheit und Richtigkeit dieser Anforderung ist in der Einleitung gegeben. Eine weitere Begründung ist hier überflüssig.

Die folgenden Erörterungen dienen nicht nur dazu, den Beweis anzutreten, daß die herrschende Vorstellung von dem Recht des Nacherben unmöglich ist, sie bilden gleichzeitig die notwendig zu lösenden Fragen, um zur richtigen Erfassung des Nacherbenrechts selbst zu gelangen. Das wesentlichste Hindernis hierfür war bisher stets die Annahme eines einheitlichen subjektiven Erbrechts. Dieses Recht ermöglichte auch der herrschenden Lehre, an ihrem unhaltbaren Gesamthandsbegriff (insbes. bei den Miterben) festzuhalten. Für die Klärung des Rechts der Mitnacherben ist daher unumgänglich notwendig, daß auch das angebliche subjektive Erbrecht der Miterben einer eingehenden Untersuchung unterzogen wird.

Die Literatur hat verschiedenartige Prägungen für das Recht des Nacherben gefunden. Die näheren Definitionen stimmen jedoch inhaltlich im wesentlichen überein. Man bezeichnet es als ein festes vererbliches Recht auf die Nacherbfolge im Sinne einer Anwartschaft, eines Rechtes auf den späteren Anfall[44]); oder als gegenwärtig existierendes, aber noch nicht ausgereiftes Erbrecht[45]); oder als Recht bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge, die Erbschaft

43) richtig du Chesne, ZBlFG. 1908, 538.
44) Staudinger-Herzfelder a. a. O. 2100. Anm. 4.
45) Endemann V § 52 IV b, 3 c.

ipso iure zu erwerben[46]). Gemeinsam ist allen diesen Definitionen die Vorstellung eines unfertigen Rechts, das aber doch schon subjektiven Rechtscharakter hat. Weil es unfertig ist, bezeichnet man es als Anwartschaft, weil es schon ein Recht ist, spricht man auch vom Anwartschafts„recht“[47]). Aber wie die Nacherbenanwartschaft schon ein subjektives Recht sein soll, so muß das Vollrecht zweifellos ein subjektives Recht sein. Um diese Folgerung wird man nicht umhin können. Die herrschende Meinung sieht in ihm ein einheitliches Recht, folglich muß auch das Vollrecht ein einheitliches Recht sein. Denn aus einer Vorstufe zu einem subjektiven Recht können sich nicht zwei oder ein ganzer Komplex von Rechten entwickeln. Da das Anwartschaftsrecht ein einheitliches Recht sein soll, muß es auch einen einheitlichen Gegenstand haben. Ein objektloses Recht ist undenkbar. Das Objekt muß einheitlich sein, weil an ihm ein Recht bestehen soll. Mehrere Objekte verlangen mehrere Rechte[48]).

Diese Feststellungen waren notwendig, weil sie grundlegend für die weitere Betrachtung sind. An sie knüpfen sich zwei entsprechende Fragen: 1. In welches einheitliche subjektive Vollrecht verwandelt sich das Nacherbenanwartschaftsrecht? 2. Welches ist sein einheitliches Objekt?

ad 1. Welches das einheitliche Vollrecht ist, wird von den Vertretern der herrschenden Meinung nicht ausdrücklich gesagt. Es ist aber aus den angeführten Definitionen des Nacherbenrechts zu entnehmen. Ein „noch nicht ausgereiftes Erbrecht“ kann nur in ein subjektives Vollrecht ausreifen. Ein „Recht auf den Anfall“, also ein gegenwärtiges Recht, zukünftig etwas zu erben, kann wohl ebenfalls nur zu einem Vollerbrecht erstarken. Das gleiche muß auch wohl für ein Recht gelten, „die Erbschaft ipso iure zu erwerben“. Vollrecht ist also das Erbrecht. Es muß demnach der Nacherbe durch Hinzutritt des letzten Tatbestandsmerkmals für den Vollrechtseintritt, den Nacherbfall, aus seiner Anwartschaft ein subjektives Erbrecht erwerben. Da der Nacherbe wahrer Erbe ist, muß es ganz allgemein ein subjektives Erbrecht geben. Damit ist die erste Frage näher spezialisiert.

ad 2. Ebensowenig wird ausdrücklich erwähnt, welches das einheitliche Objekt des Nacherbenrechts ist. Nach den Definitionen kann nur der Nachlaß in Frage kommen, der sich gegenwärtig in der Hand des Vorerben befindet. Denn als eine persönliche Beziehung zum Vorerben ist es wohl sicherlich nicht aufzufassen[49]). Es geht ja auf den kraft Gesetzes bewirkten Anfall eines Sondervermögens und nicht auf ein Verhalten des Vorerben. Ein „Recht auf

---

46) P. Meyer, Erbrecht § 45, 2.

47) v. Tuhr I S. 180; Semeka, Arch. Bürg. Recht 35, 159; Enneccerus I § 75.

48) Binder, Rechtsstellung III S. 14/15.

49) so allerdings Hothorn S. 26, der im Recht des Nacherben eine personenrechtliche (?) Anwartschaft sehen will; ähnl. du Chesne, Seuff. Bl. 75, 236; familienrechtl. Natur (?).

den Anfall" bedeutet doch wohl eine rechtliche Beziehung zum Nachlaß in der Hand des Vorerben; ein „unreifes Erbrecht" nichts anderes. Wollte man dies leugnen, so wäre sogleich die herrschende Vorstellung vom Nacherbenrechte erledigt. Es bestände weder an einem Gegenstand (Sache, Recht, immaterielles Gut), noch ginge es auf ein Verhalten einer Person; es wäre objektlos. Da man jedoch diese Folgerung nicht ziehen kann, so muß der Nachlaß ein einheitliches Rechtsobjekt sein, die universitas iuris des gemeinen Rechts. Damit ist auch die zweite Frage näher spezialisiert.

Beide Fragen bedingen sich gegenseitig. Sie können deshalb nicht scharf getrennt voneinander behandelt werden. Dies rührt daher, daß das Vollrecht, das subjektive Erbrecht, ebenfalls wie das behauptete Anwartschaftsrecht, den Nachlaß als Einheit zum Gegenstand haben soll. Wird demnach das subjektive Erbrecht bejaht, so ist vorher auch der Nachlaß als einheitliches Rechtsobjekt bejaht worden und damit ebenfalls das einheitliche Rechtsobjekt des Anwartschaftsrechts. Die Darstellung kann sich demnach mit gutem Gewissen an die Beantwortung einer Frage halten: Kennt das geltende Recht ein subjektives Erbrecht? Diese Frage ist glatt zu verneinen. Das, was gemeinhin subjektives Erbrecht genannt wird, ist kein Recht, sondern ein Rechtsverhältnis[50]), eine rechtlich bedeutsame Eigenschaft der Erbe gewordenen Person. Dies läßt sich in dreifacher Hinsicht nachweisen: am Begriff des Nachlasses als einer Summe von Einzelrechten, am Erbschaftsanspruch und an der Konstruktion der Gesamthand und der Folgen für die Anteilsverfügung des Miterben.

1. Kein Vollrecht des Alleinerben.

Es soll zunächst lediglich das Vollerbrecht des Alleinerben untersucht werden. Da oben die begründete Forderung aufgestellt ist, daß es einheitlich sein muß, so kann es nicht mit den anderen Nachlaßrechten, deren Uebergang es vermittelt, identisch sein. Es muß neben ihnen existieren, aus diesem Grunde einen eigenen Inhalt haben, eine eigene Beziehung zu einer Person, einer Sache oder einem Recht darstellen.

Die einzig mögliche Beziehung des fraglichen subjektiven Erbrechts ist der Nachlaß und zwar der Nachlaß als Ganzes, als einheitliches Rechtsobjekt. Ein subjektives Erbrecht an den einzelnen Nachlaßgegenständen ist unmöglich. Dies beweist folgende Ueberlegung: Das Erbrecht würde sich sogleich in so viel Einzelrechte auflösen, als Nachlaßgegenstände vorhanden sind. Es hätte damit schon sein Erfordernis der Einheitlichkeit verloren. Es kann aber auch ferner nicht neben den Einzelrechten an den Nachlaßgegenständen gedacht werden. Dies widerstreitet dem Eigentum als dem

---

50) so mit aller Deutlichkeit und eingehender Begründung Binder, Arch. f. Bür. R. 34, 233 ff.; vgl. auch v. Tuhr I S. 128; Oertmann, Arch, Ziv. Pr. 123, 157.

umfassendsten Vollrecht. Das Erbrecht würde damit als selbständige rechtliche Beziehung zu einer Sache, als neues dingliches Recht außerhalb des geschlossenen Kreises der Sachenrechte stehen. Die feste Zahl der dinglichen Rechte hat aber im Gesetz[51]) prinzipiellen Ausdruck erlangt. Weiterhin wäre ein gesondertes Erbrecht an Forderungen schwer mit dem Gesetz vereinbar. Rechte an Rechten sind nur Pfandrechte und Nießbrauch[52]). Schließlich bleibt das Verhältnis des Erbrechts zu den Schulden unklar, sofern man die Nachlaßverbindlichkeiten überhaupt zum Nachlaßvermögen rechnet[53]). Rechte an Schulden sind ein Unding.

So bleibt die Frage, ob der Nachlaß als Vermögen ein einheitliches Objekt ist. Diese Frage ist m. E. ganz eindeutig mit Nein zu beantworten[54]) Unser Rechtssystem beruht nicht nur auf der Rechtsfähigkeit des Individuums, sondern es ist auch in bezug auf die Rechtsobjekte individualisiert[55]). Verschiedenartige Objekte verlangen verschiedenartige Rechte[56]). Die universitas iuris widerstrebt unserem geläuterten Begriffsvermögen[57]).

Hierfür auf die geschichtliche Entwicklung zu verweisen, ist ein beweisloses Unterfangen. Es ist zuzugeben, daß Gesamtsachen, bei denen man das Ganze und die Summe der Einzelnen begrifflich nicht unterschied, dem älteren deutschen Rechte bekannt waren. Auch unkörperliche Sachen gingen in der Gesamtsache unter[58]). Aber dies ist kein Hinderungsgrund, es für das geltende Recht zu verneinen. Jedes sich fortentwickelnde Recht neigt immer mehr zu scharfer begrifflicher Trennung von Rechtskomplexen. Eben weil alles Recht bloße Vorstellung ist, ergibt sich bei schärferem Zusehen zwangsläufig das Bedürfnis, ungetrennte Vorstellungen zu trennen, falls nicht das Gesetz diese Trennung verbietet. Wollte man dies nicht tun, so läge darin ein durch nichts begründeter Verzicht auf klare Erfassung.

Dieses Verbot stellt das positive Recht nicht auf. Sicherlich wird das Vermögen in mancher Beziehung als Einheit betrachtet, schon der einheitliche Name deutet darauf hin. Es bildet insofern eine Einheit, als alle Rechte demselben Rechtssubjekt zustehen, und

---

51) Allerdings nicht nur im Sachenrecht: v. Tuhr I § 6 S. 137; Oertmann, Arch. Ziv. Pr. 123, 159 Anm. 37; anders die h. M.: vgl. dazu v. Tuhr a. a. O, Anm. 19.

52) abweichend Leonhard, Allgem. Schuldr. § 24.

53) verneinend Enneccerus I § 124 I, 4; Jung, Bürgerl. Recht § 37 S. 550; bejahend Leonhard, Erbrecht § 1922 II A; III A u. B.

54) hier abweichend von Enneccerus I § 71 II, § 72 IV 2 (vgl. dazu aber Enneccerus I § 124 III), der wenigstens das Vermögen als Gegenstand des Erbrechts ansehen will, im übrigen aber im Vermögen eine Summe von Rechten sieht; ebenso Leonhard, Erbrecht zu § 2033; wie im Text jedoch Binder, Rechtsstellung III S. 14; Sohm, Inst. S. 369; Pringsheim, Rechtsstellung S. 9.

55) Binder a. a. O. S. 14.

56) Binder a. a. O.

57) Binder a. a. O.

58) Vgl. bes. Gierke, Genossenschaftsrecht II S. 56 ff., S. 63/64.

seine Identität nicht durch Wegfall oder Hinzutritt einzelner Rechte berührt wird; als sein Uebergang im Erbfall durch einen einheitlichen Akt bewirkt wird, und es als Haftungsobjekt dient. Einheitliche Verpflichtungsgeschäfte sind darüber zulässig, da hier Gegenstand des entstandenen Schuldrechts nicht das Vermögen, sondern ein Verhalten des Schuldners ist. Aber ein Recht an einem Vermögen oder Sondervermögen stellt das Gesetz nicht auf[59]).

Vor allem kann man hierfür nicht das ehemännliche Recht der Verwaltung und Nutznießung anführen[60]), obwohl § 1408 BGB. hier von einem Rechte des Mannes kraft seiner Verwaltung und Nutznießung „an dem eingebrachten Gut" spricht.

Zum Beweise dessen kann in erster Linie auf Binder[61]) verwiesen werden. Nur folgendes ist noch hervorzuheben: So wie der Nießbrauch an einem Vermögen eine Summe von einzelnen Nießbrauchsrechten ist, so ist auch das ehemännliche Recht am Ehegut eine Summe von einzelnen Fruchtziehungsrechten[62]). Beim Vermögensnießbrauch kommt dies in den einzelnen Bestellungsakten klar zum Ausdruck (§ 1085 BGB.). Bei der ehemännlichen Nutznießung ist es nur verschleiert, weil sie kraft Gesetzes eintritt. Als einheitliches Recht müßte es mindestens an einer besonderen Wirkung erkennbar sein; eine solche läßt sich jedoch nicht ermitteln. Das Nutznießungsrecht ist nicht übertragbar und nicht pfändbar (§ 1408 BGB.). Es ist auch nicht einheitlich ausübbar. Je nach dem Gegenstande des Eheguts ist seine Ausübung notwendig verschieden. Mithin ist es eine Summe von Rechten, einheitlich ist nur sein Inhalt, aber nicht sein Gegenstand[63]). Die inhaltliche Einheit berechtigt aber nicht zur Annahme eines einheitlichen Rechts. Niemand wird leugnen, daß der Eigentümer von zehn Sachen zehn Eigentumsrechte hat; inhaltlich aber sind sie alle gleich.

Es ist auch zu bejahen, daß das Recht, besser die Rechte, am Ehegut dinglicher Natur sind. Gerade dies hat man bezweifelt und als seinen schwerwiegendsten Einwand geltend gemacht[64]). Dingliche Rechte sollen doch abschließend im Sachenrecht geregelt sein. Aber das ist unzutreffend, wie schon oben kurz angedeutet wurde[65]). Zwar sind im dritten Buch des BGB. die Typen der Sachenrechte abschließend geregelt. Das hindert jedoch nicht, daß sich ein solcher Typ mit gewissen rechtlichen, seine Konstruktion nicht berührenden

---

59) h. M.: Enneccerus I § 124 III; Binder, Rechtsstellung III S. 19 ff.; Pringsheim, Rechtsstellung S. 9 ff., alle mit eingehender Begründung; speziell mit Bezug auf den Nachlaß Krückmann, ZBlFG. 16, 19.

60) so Leonhard, Erbrecht § 2032, III D.

61) Binder, Rechtsstellung III S. 19.

62) Oertmann, Arch. Ziv. Pr. 123, 159 Anm. 37, „Nießbrauchsähnlich".

63) Binder a. a. O. S. 25; Enneccerus I § 124 Anm. 14. Kreß, Allgem. Schuldrecht S. 13.

64) Leonhard, Lb. in kurzen Sätzen S. 149.

65) gleicher Ansicht v. Tuhr I S. 137; Schultze, Iher. Jahrb. 43, 26; Oertmann, Arch. Ziv. Pr. 123, 159 Anm. 37.

Modifikationen nicht auch im Familienrecht finden sollte[66]). Das Nutznießungsrecht ist ein solches. Es ist ein Nießbrauch mit familienrechtlichen Sonderbestimmungen. Es erfüllt auch ganz den Dinglichkeitsbegriff. Das zeigt sich in folgendem: Das Nutznießungsrecht haftet an der Sache; alle Verfügungen, die die Frau über eine Sache des Eheguts trifft, sind gänzlich unwirksam (§§ 1395, 1404 BGB.). Diese Unwirksamkeit tritt gerade mit Rücksicht auf das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes ein. Die unterworfene Sache kann ihm kraft seines Rechtes an ihr nur mit seiner Zustimmung entzogen werden[67]). Es ist insofern sogar ein besonders starkes dingliches Recht, als der Erwerb, sogar der gutgläubige Erwerb einer Ehegutssache ohne Zustimmung des Mannes überhaupt gänzlich ausgeschlossen ist. Es tritt also nicht einmal ein Erwerb der mit dem ehemännlichen Recht belasteten Sache, wie vergleichsweise der Erwerb einer pfandverstrickten Sache bei Kenntnis des Pfandrechts, ein. Dies ordnet das Gesetz positiv, besonders mit Rücksicht auf die sich sonst ergebenden Verwaltungsschwierigkeiten an. Daß bei einer gemeinschaftlichen Verfügung der Ehegatten das ehemännliche Recht der Sache nicht folgt, erklärt sich aus dem Verzicht des Mannes auf sein Recht. Dieser liegt stillschweigend in der Zustimmung zur Verfügung. Nicht anders ist es bei den Ehegutssachen, über die der Mann schon kraft gesetzlicher Vorschrift verfügen kann (§§ 1376 ff.).

Ebensowenig wie das Nutznießungsrecht besteht auch das Verwaltungsrecht des Mannes am Ehegut als ganzem. Ob es sich überhaupt von den Nutznießungsrechten trennen läßt, und ob es überhaupt ein Recht oder ein Komplex von Rechten ist, harrt noch der Klärung. Mit der Nutznießung hängt es wenigstens durch einen gemeinsamen Zweck zusammen: Verwaltung zum Zwecke der Nutznießung. Soviel aber ist sicher, daß es das Ehegut ebensowenig zur universitas iuris erhebt wie das Nutznießungsrecht.

Ganz das Gleiche gilt auch für das Erbrecht. Auch dies besteht nicht am Nachlaß als Ganzem. Nur ist dies nicht schon mit dem Hinweis auf das ehemännliche Recht am Ehegut bewiesen. Das Erbrecht könnte ja gerade das einzige, vom Gesetz anerkannte subjektive Recht an einem Vermögen sein. Bewiesen wird es aber dadurch, daß das Erbrecht überhaupt kein Recht ist, und insofern bildet auch der Beweis des Nachlasses als einer Summe von Rechten ein Glied in der Beweiskette, aus der sich ergibt, daß das Gesetz ein subjektives Erbrecht überhaupt nicht kennt.

An den einzelnen Nachlaßgegenständen kann das Erbrecht nicht bestehen, das ist oben näher dargelegt. Wenn es am Nachlaß als Ganzem bestehen sollte, so müßte zumindest eine seiner Wirkungen

---

66) ähnlich Schultze, Iher. Jahrb. 43, 27.

67) Leonhard (Lehrbuch in kurzen Sätzen S. 151) führt diese Rechtserscheinung auf eine teilweise Geschäftsbeschränktheit der Frau zurück.

auffindbar sein. Das ist jedoch nicht der Fall. Man hat eingewandt, diese Wirkungen seien dadurch überdeckt, weil Berufung und Erwerb der Erbschaft normalerweise zusammenfielen[68]). Sie zeigten sich aber, genau wie die Erbberechtigung des gemeinen Rechts in der Zeit zwischen Berufung und Antritt, bei Wegfall des Erstberufenen. Die eventuelle Erbberechtigung des Nachberufenen sei vererblich (§§ 1943, 2344). Wie wenig jedoch die Vererblichkeit einer Rechtsbeziehung für die Frage bedeutet, ob sie ein subjektives Recht ist, dürfte bei der Untersuchung der Vererblichkeit des Nacherbenrechts zur Genüge bewiesen sein. Ueberdies respektiert das Gesetz das hier angedeutete Erbrecht durch die Rückdatierung des Erbfalls in § 1953 Abs. 2 so wenig, daß an seinem Bestande sehr zu zweifeln ist.

Aber auch nach Eintritt des Erbfalls läßt sich keine Wirkung eines subjektiven Erbrechts ermitteln. Eine einheitliche[69]) Veräußerung, Pfändung oder Verpfändung kennt das Gesetz nicht, ebensowenig irgend eine besondere Form der Ausübung, die von der Ausübung der einzelnen Nachlaßrechte verschieden wäre. Auch ein von den Einzelrechten unabhängiger Verzicht ist nicht möglich.

Vor allem gibt es auch keine Form der gerichtlichen Geltendmachung als eines einheitlichen subjektiven Rechts. Eine Feststellungsklage ist in der Tat möglich (§ 256 ZPO.). Dies ist aber kein zwingender Beweis für ein Recht; auch Rechtsverhältnisse sind im Prozeßwege feststellbar. Gerade der Beweis des Erbrechts als eines Rechtsverhältnisses, einer persönlichen Qualität des Erben[70]), soll ja hier geführt werden. Also kann der Hinweis auf die Feststellungsmöglichkeit nichts beweisen.

Ferner versucht man den Nachweis durch den Erbschaftsanspruch (§§ 2018 ff.) zu führen[71]). Hier ist allerdings der Gedanke sehr naheliegend, in ihm einen selbständigen einheitlichen Anspruch zu sehen, der nach Art des Eigentumsanspruchs durch Störung des Erbrechts hervorgerufen wird[72]). Er wäre dann wegen seiner Neuartigkeit ohne subjektives Erbrecht nicht denkbar, so wie der Herausgabeanspruch des § 985 ohne Eigentum nicht denkbar ist. Die Störung läge nicht schon im bloßen Besitz von Nachlaßsachen durch einen Nichterben. Dies allein genügt noch nicht, sie müßte in fremdem Besitz und gleichzeitiger Anmaßung eines Erbrechts liegen (§ 2018)[73]). Aber dieser Gedanke ist doch irrig. — Ganz gewiß enthält der mit Erbschaftsanspruch überschriebene Titel des Gesetzes eine Reihe

---

68) Enneccerus I § 72, IV 1.

69) für den Miterben vgl. unten S. 34 ff.

70) Binder, Vermögensrecht S. 235.

71) Enneccerus I § 72, IV 2.

72) so Enneccerus a. a. O. Pringsheim, Rechtsstellung S. 69; Hartmann, Natur d. Erbschaftsanspruchs S. 59.

73) so allerdings Enneccerus I § 72, IV; Langheinecken S. 148 ff.; Vgl. auch Oertmann, Arch. Ziv. Pr. 1925, 157.

rechtlicher Besonderheiten in den §§ 2026, 2019, 2030, 2022. Aber die Abweichungen sind aus einem bestimmten Zweck entstanden: sie wollen den wirklichen Erben vor den Gefahren schützen, die dem Nachlaß durch den Wegfall seines bisherigen Fürsorgers drohen. Andererseits soll derjenige, der Veranlassung hatte, sich für den wahren Erben zu halten, nicht zu streng behandelt werden[74]). Aber hier einen neuartigen erbrechtlichen Anspruch neben den übrigen Einzelansprüchen anzunehmen, ist nicht der mindeste Grund. Das einzige, was für einen neuartigen Gesamtanspruch spricht, sind der Name in seiner singulären Form und die Einheitlichkeit der Verjährungsfrist. Aber wie wenig es im Gesetz auf den Namen ankommt, als vielmehr auf die einzelnen Rechtsvorschriften dürfte die bisherige Untersuchung wohl gezeigt haben. Die Einheitlichkeit der Verjährungsfrist ist aber ebensowenig in der Lage, alleiniger Wegweiser zur juristischen Erfassung eines Rechtsgebildes zu sein. Sie ist hier lediglich Folge eines vom Gesetzgeber erstrebten bestimmten Zwecks, nicht aber Folge einer neuartigen einheitlichen Strukturvorstellung des Erbschaftsanspruchs. Sie soll verhindern, daß der Erbschaftsbesitzer nicht schon vor Ablauf von dreißig Jahren alle beweglichen Sachen in zehn Jahren ersessen hat (§ 2026). Zudem beginnt nach richtiger Auffassung die Verjährungsfrist für die einzelnen Ansprüche zu ganz verschiedenen Zeitpunkten. Maßgeblich ist hierfür der Augenblick des Eingriffs[75]). Einheitlich ist somit nur die Verjährungs f r i st, nicht ihr Beginn. Sie beträgt stets dreißig Jahre.

Andererseits zeugt das Gesetz in einer Bestimmung selbst dafür, daß ein selbständiger Erbschaftsanspruch neben den Einzelansprüchen überhaupt nicht besteht. Nach § 2029 haftet der Erbschaftsbesitzer auch gegenüber den Ansprüchen, die dem Erben in Ansehung der einzelnen Erbschaftsgegenstände zustehen nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch. Diese Vorschrift besagt einfach: Alle Einzelansprüche sind hinsichtlich ihrer Haftung mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Erbfalls als Vermögensübergang erbrechtlich modifiziert[76]). Nur so kann das Rechtsgebilde Erbschaftsanspruch recht erfaßt werden. Er ist kein einheitlicher absoluter Anspruch[77]), sondern faßt nur die erbrechtlich modifizierten Einzelansprüche unter einem Namen zusammen und ist nur insofern ein Gesamtanspruch, als er den Nachlaß als wirtschaftliche Einheit zum Gegenstand hat[78]). Darum ist er teils dinglich bei den Sachen, an denen der Erblasser ein dingliches Recht hatte, teils obligatorisch bei Ersatz für Sachen, über die der Erbschaftsbesitzer wirksam verfügt hatte. Gerade dieser verschiedene Rechtscharakter macht die An-

74) Hellwig, Anspruch S. 52.
75) Leonhard, Erbrecht § 2026, II, und § 2018 B. Hellwig S. 63 Anm. 4.
76) Vgl. Leonhard § 2018, III.
77) Langheineken S. 148 ff.
78) Vgl. dazu Leonhard § 2018, I A und B.

nahme eines einheitlichen Anspruchs geradezu unmöglich. Das Ergebnis lautet daher: es gibt keinen eigenartigen Erbschaftsanspruch neben den Einzelansprüchen. Der Erbe hat nur die letzteren und zwar in bestimmter Weise modifiziert. Weil es eine Reihe von Ansprüchen ist, hat jeder seinen eigenen Entstehungsgrund: die Eigenmacht, die Vorenthaltung der dem Erben gehörigen Sache und die sonstigen mannigfaltigen allgemeinen Haftungsgründe[79]). Weil dies die Entstehungsgründe sind, kann es nicht ein subjektives Erbrecht am Nachlaß als Ganzem sein. Wird daher über den Erbschaftsanspruch durch zusprechendes Urteil entschieden, so ist nicht gleichzeitig über ein Erbrecht als subjektives Recht entschieden. Darauf erstreckt sich die Rechtskraft des Urteils nicht[80]). Insofern besteht ein sehr wesentlicher Unterschied zum Eigentum. Ein zusprechendes Urteil über den Herausgabeanspruch stellt das Eigentum rechtskräftig fest[81]). Das Erbrecht ist jedoch nie auf dem Wege einer Leistungsklage (Erbschaftsanspruch) rechtskräftig feststellbar. Das beweist aber, daß es kein subjektives Recht am Nachlaß ist, und daß der Erbschaftsanspruch nicht aus ihm folgt. Es beweist weiter, daß der Nachlaß auch bezüglich des Erbrechts kein einheitlicher Gegenstand, keine universitas iuris ist. Es ergibt sich vielmehr, daß das Erbrecht überhaupt kein subjektives Recht ist, sondern ein Rechtsverhältnis[82]).

2. Kein Vollrecht des Miterben.

Der bisherige Beweis wäre nicht vollständig und könnte sogleich widerlegt werden, wenn sich der Gegenstand der Anteilsverfügung des Miterben (§ 2033) als subjektives Erbrecht herausstellte. Der Gegenstand dieses Geschäfts wird in der verschiedensten Weise bezeichnet. Man sieht in ihm das subjektive Erbrecht des Miterben[83]), die Mitgliedschaft in der Erbengemeinschaft[84]), die Mitberechtigung am Gesamthandvermögen[85]), die für den Miterben aus der Erbengemeinschaft sich ergebende Rechtsstellung[86]) oder den An-

---

79) Hellwig a. a. O. S. 55. Vgl. auch Binder, Rechtsstellung III § 54, insbes. S. 440/41 und 442; Jung, Bürgerl. Recht § 329 S. 1159.

80) Leonhard, Erbrecht § 2018 b; Hellwig S. 55/56.

81) Stein-Jonas § 322 V, 1.

82) so auch Binder, Arch. Bürg. R. 34, 233 ff.; vgl. insbes. Anm. 71 u. 80; v. Tuhr I S. 128; Oertmann a. a. O. Kreß, Allgem. Schuldr. S. 13; a. M. Enneccerus I § 72 IV, 2; Sohm, Iher. Jb. 53, 374.

83) so Leonhard zu § 2033 III C; de Boor S. 357; Endemann III S. 362/63: „Erbberechtigung"; Binder, Rechtsstellung III S. 94, der jedoch Arch. B. R. 34, 233 seine Auffassung geändert hat. OLGE. 8, 299 Nr. 251 = ZBlFG. 4, 794.

84) Prot. V S. 837 ff.; Sohm. Arch. B. R. 28, 199; Binder III S. 94, hält dies für identisch mit dem Erbrecht. Josef, Arch. Ziv. Pr. 99, 319; Wäntig, Z. D. Not. 6, 380. Vgl. gegen Sohms Mitgliedschaftsrecht Pringsheim S. 30/31.

85) Strohal § 64,3; Kretzschmar Erbrecht § 98 I; Jung Bürgerl. Recht § 330 S. 1160.

86) Kreß, Erbengemeinschaft S. 176.

spruch auf dasjenige, was dem Miterben bei der Teilung des Nachlasses zufallen wird[87]).

Gemeinsam ist allen diesen Auffassungen, daß sie den Verfügungsgegenstand als ein einheitliches Recht ansehen. Hierzu mag vielleicht die Vorstellung mit beigetragen haben, die Sohm[88]) in die Worte kleidete: „Eine Verfügung — ein Recht". Entscheidender aber ist wohl noch die Auffassung gewesen, daß der Miterbe als Gesamthänder keine Anteile an den einzelnen Gegenständen des Nachlasses habe, die den Gegenstand der Verfügung bilden könnten. Und gerade dies muß behauptet werden. Statt dessen versucht die herrschende Lehre einen neuen Verfügungsgegenstand zu finden, der die durch Leugnung der Anteile an den Gegenständen entstandene Lücke wieder ausfüllt. Er wird vornehmlich im Erbrecht oder Mitgliedschaftsrecht[89]) in der Erbengemeinschaft gesehen.

Daß beide Auffassungen nach den bisherigen Erörterungen nicht viel für sich haben, zeigt sich für das Erbrecht des Miterben darin, daß es an einem Nachlaßanteil als einem einheitlichen Rechtsobjekt bestehen müßte, und dieser Vorstellung noch viel größere Schwierigkeiten entgegenstehen, als bei dem Nachlaß des Alleinerben[90]). Andererseits ist das Mitgliedschaftsrecht in der Erbengemeinschaft eher dazu geeignet, die wichtige Frage der Rechtszuständigkeit der Nachlaßrechte zu verschleiern und die Bedeutung dieser Frage abzuschwächen, als aufklärend zu wirken. Die Hauptsache bei der Erfassung der Erbengemeinschaft ist nicht das personenrechtliche Verhältnis der Miterben untereinander, sondern die Rechtszuständigkeit an den Nachlaßgegenständen[91]). Letztere Frage kann aber nur durch Klärung der Gesamthand erreicht werden[92]).

Die herrschende Meinung sieht den Unterschied zwischen Bruchteils- und Gesamthandsgemeinschaft im wesentlichen im Vorliegen oder Fehlen von festbestimmten ideellen Bruchteilen oder Quoten[93]). Bei der Gesamtheit sei der Anteil am einzelnen Gegenstand gänzlich unbestimmt, vielleicht überhaupt nicht vorhanden. Man hält diese Vorstellung für möglich, ohne in den Gesamthändern eine juristische Person sehen zu müssen. Aber ohne das ist sie mystisch

87) Wendt, Arch. Ziv. Pr. 89, 455; vgl. dazu Strohal § 64 Anm. 19.

88) Sohm, Arch. Bürg. Recht 28, 199.

89) Jung, Bürgerl. Recht § 329 S. 1158; Leonhard, Erbrecht § 2018 B b; Hellwig, Anspruch S. 55/56.

90) Vgl. dazu auch Heine, Z. D. Not. V. 1917, 222 ff., bes. 223/4.

91) Für die Gesellschaft mag dies zweifelhafter sein, da bei ihr sogar der Begriff des Anteils als Verfügungsgegenstand ausscheidet (§ 719); vgl. Jung, Bürgerl. Recht § 26 S. 524.

92) Für die feinere Einzelbegründung des Gesamthandsbegriffs muß auf die Spezialliteratur verwiesen werden, insbes. auf Engländer, Binder und Pringsheim; auch Krückmanns Untersuchung an Hand der Rechtsprechung ist hier zu nennen, ZBlFG. 16 S. 1 ff.

93) Planck V Vorbem. 3 vor § 2032; Crome II, 765; Leonhard zu § 2032 III B.

und unbegreifbar[94]). Es wird damit eine Lösung des Gemeinschaftproblems vorgetäuscht, die in Wahrheit keine ist[95]). Dies gilt auch im gleichen Maße von der Auffassung[96]), die die Rechtszuständigkeit zu den Gegenständen als in einem alternativen Zustand befindlich betrachtet. Dieser Zustand kläre sich erst mit der Auseinandersetzung der Miterben. Bei ihr werde weder dem Miterben der ihm noch fehlende Anteil an der Sache, noch die ganze Sache übertragen. Sie sei nur eine Teilung, die die Rechtsverhältnisse an den einzelnen Gegenständen regele, eine Klarstellung über die Zuteilung der Sache. Wenn dem so ist, so kann vorher die Sache doch nur ungeteilt allen Erben gehört haben. Dann aber sind sie eine juristische Person. Ein Mittelding gibt es nicht[97]). Diese Auffassung führt außerdem unweigerlich zum subjektiven Erbrecht am Anteil als einheitlichem Rechtsobjekt[98]).

Der Unterschied zwischen der Bruchteilsgemeinschaft und der Gesamthand liegt nicht, wie die herrschende Meinung annimmt, in der verschiedenartigen Rechtszuständigkeit, sie ist bei beiden gleich (vgl. auch § 2033 Abs. 2); sondern wie Engländer[99]) nachgewiesen hat, in dem verschiedenartigen rechtlichen Wesen, in einer Gebundenheit der einzelnen Teilrechte, nicht aber im Fehlen oder Vorhandensein dieser[100]). Die Verfügungsmacht des Gesamthänders über sein Teilrecht ist gebunden zu Gunsten einer einheitlichen Verfügung über seinen Anteil am Gesamtvermögen, sei es in Form der echten Verfügung (§ 2033), oder der ihr verwandten Anwachsung[101]).

Schon die Annahme eines unbestimmten Anteils widerstreitet sich selbst, da der Anteil gerade ein Zeichen der Bestimmtheit ist. Das Unbestimmte ist für uns unvorstellbar. Ohne Gegensatz keine scharfe Vorstellung, die Gegensätze aber lassen sich nur durch die Bruchteilung gewinnen.

Ferner liegt darin ein Widerspruch mit dem von der Rechtsordnung geprägten Eigentumsbegriff[102]). Es ist oben schon einmal mit Binder betont[103]), daß das heutige Recht auf der Rechtsfähigkeit des Individuums beruht und die daraus entspringenden Gedanken in einem hochentwickelten Individualrecht ausgebildet hat. Die Bil-

---

94) Dies dürfte oft genug betont sein; vor allem Binder, Rechtsstellung III S. 28; Engländer S. 64 ff; Krückmann, ZBlFG. 16 S. 49.
95) Engländer S. 64.
96) Leonhard zu § 2032 III D; IV A.
97) Pringsheim, Rechtsstellung S. 15.
98) Leonhard zu § 2032 III D und § 2033 C.
99) Engländer S. 217.
100) Pringsheim S. 6 und 8; als eines der wenigen Gerichte auch Bayr. OLG. ZBlFG. 7, 219.
101) den Nachweis im einzelnen bei Pringsheim S. 17 ff. Für die summarische Anteilsverfügung durch Einzelakt auch Krückmann, ZBlFG. 16 S. 20.
102) zustimmend Krückmann, ZBlFG. 16, 50.
103) Binder, Rechtsstellung III S. 14.

dung sozialrechtlichen Eigentums[104]) entspricht nicht mehr dem BGB.[105]). Dem Eigentum, wie es in § 903 enthalten ist, widerstrebt die Beschränkung durch die Mitgenossen. Dies gilt nicht nur Dritten gegenüber. Dieser Widerspruch entfällt, wenn man den Eigentumsanteil anerkennt. Man kann nicht einwenden, der Eigentumsanteil an einer Nachlaßsache sei ohnehin schon kein Eigentumsanteil mehr, da über ihn nicht verfügt werden könne (§ 2033 Abs. 2). Einmal wäre auf das Eigentum des ebenfalls nicht verfügungsberechtigten Konkursschuldners zu verweisen; ferner aber kann der Miterbe über seinen Einzelanteil zwar nicht einzeln, jedoch im Verein mit seinen übrigen Anteilen durch einheitlichen Akt verfügen. Der Ausschluß der Einzelanteilsverfügung hat seine guten Gründe: er erklärt sich einmal aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Gesamthänder heraus; ferner führt Bruchteilsveräußerung zu schlechtem Erlös; die Gläubiger sind vor Verminderung des Nachlasses geschützt. Schließlich kann sich der rechnungsmäßige Anteil eines Erben an dem Nachlaß für den Fall der Auseinandersetzung mit Rücksicht auf seine Verpflichtungen anders stellen, als der Anteil am einzelnen Gegenstand[106]). Aus letzterem Grunde ist auch die Aufrechnung gegen den Anteil nicht gestattet (§ 2040 Abs. 2).

Man hat weiter gegen die Annahme von Einzelanteilen eingewandt, daß teilweises Erlöschen von Forderung und Schuld eintrete, falls der Miterbe Schuldner oder Gläubiger des Erblassers war[107]). Zu dieser Annahme muß man allerdings kommen. Aber was schadet sie auch schon? Für die Auseinandersetzung ist ohnehin nicht der Einzelanteil am Nachlaßgegenstand maßgeblich. Wird die teilweise erloschene Forderung gemeinschaftlich an einen Dritten abgetreten (§ 2040 Abs. 1), so muß sie insoweit wiederhergestellt werden. Dies liegt meist schon in der bloßen Zustimmung zur Abtretung durch den Miterben, in dessen Person das teilweise Erlöschen eingetreten ist. Daß diese teilweise Neubegründung erfolgen muß, ist auch Ansicht des Gesetzes (§ 2377), das die Neubegründung ausdrücklich bestimmt. In § 2377 liegt ein klarer Beweis für den Bestand des Teilrechts. Das gleiche gilt auch mit Eintritt des Nacherbfalls (§ 2143)[108]).

Schließlich hat man eingewandt, die Zuteilung der einzelnen Gegenstände sei nicht Veräußerung[109]). Aber auch dies ist durchaus der Fall. Es bedarf der Auflassung bei Grundstücken[110]) und bei

---

104) Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 348 Anm. 2, 381 ff.

105) und vielleicht darf man sagen: und noch nicht dem BGB.

106) Kipp Erbrecht § 82 VI, 1.

107) Leonhard zu § 2033 III B; Lehrbuch S. 195 II A.

108) die h. M. will § 2377 u. § 2143 nicht auf den Verkauf des Erbteils anwenden, ebenso wie sie § 2033 Abs. 2 für falsch gefaßt erklärt. Vgl. Planck zu § 2377; Leonhard § 2377 IV und zu § 2143 II.

109) Leonhard § 2032 IV; Lehrbuch S. 195 B 2.

110) Planck § 2042 Anm. 4; RGRK. § 2042. RG. 56, 57, 96, 206, 423 ff., 430.

anderen Sachen der sonstigen Kenntlichkeitsformen. Nur handelt es sich nicht um den Erwerb des ganzen Gegenstandes[111]), sondern um die noch fehlenden Quoten[112]). Werden dagegen ein oder mehrere Gegenstände zu einfachem Miteigentum erklärt, so bedeutet dies keine Veräußerung, vielmehr lediglich die Veränderung des Gemeinschaftsverhältnisses[113]). Anteile bestanden ohnehin schon. Allein die Verfügungsmöglichkeit hat sich verändert[114]). Darum bedarf es keiner Auflassung[115]).

Da der Miterbe Anteile an den einzelnen Nachlaßgegenständen hat, bilden sie auch den Gegenstand der Verfügung nach § 2033 [116]). Dies ist die einzig mögliche Auffassung, die noch übrig bleibt. Ist sie denn wirklich etwas so Absonderliches, wie man nach dem Bestreben der Literatur, sie zu vermeiden, annehmen könnte? In Wahrheit ist sie die einzig natürliche Auffassung, in der klar der Uebergang der Vielheit der Rechte, aus denen ein Vermögen anerkanntermaßen besteht, zum Ausdruck gelangt. Sie erhebt nicht den Nachlaß fälschlich zur universitas iuris und benutzt nicht die Hilfskonstruktion eines unkonstruierbaren subjektiven Erbrechts oder Mitgliedschaftsrechts, das die Beziehungen zum Nachlaß nur verschleiert. Sie beweist andererseits deutlich, daß ein subjektives Erbrecht auch für den Miterben nicht besteht. Es wäre gegenüber dem Fall des Alleinerben auch eine merkwürdige Folgewidrigkeit[117]). Sie erklärt ebenso deutlich, daß das Erbesein kein mystischer Rechtsbegriff, sondern eine klar vorstellbare Rechtsstellung[118])

---

111) wie die Praxis vielfach meint.

112) Kipp § 82 VI, 1; Dernburg V § 176 Anm. 7.

113) Kipp § 82 VI, 1 und Krückmann, ZBlFG. 16 S. 10, 12, 55; anders die Praxis RG. 57, 432; 67, 62; 105, 251.

114) Krückmann S. 55.

115) die h. M., insbes. die Rspr. stürzt sich in dieser und anderen Grundbuchfragen mit ihrer Lehre in die gefährlichsten Widersprüche. Vgl. dazu den Aufsatz von Krückmann.

116) Pringsheim S. 31 ff.; Krückmann S. 20, bes. Anm. 23.

117) aus diesem Grunde wird meist in der Literatur vom Erbrecht „im subj. Sinne" und nicht von subjektivem Erbrecht gesprochen, da stets das richtige Gefühl mitgesprochen hat, daß hier gar kein subjekt. Recht vorliegt. Vgl. z. B. Strohal I § 5.

118) Gerade dies wichtig: keine Schuldenhaftung des zur Ausgleichung Verpflichteten, dessen Erbteil dadurch = Null geworden ist. Vgl. Leonhard § 2055 IV C 2 a; Pringsheim nimmt neben den Einzelanteilen noch ein unübertragbares Erbrecht an (S. 69), und nach ihm steht undiskutabel fest, daß der Erbe deswegen stets Erbe bleibe (S. 36). Krückmann, ZBlFG. 16, 21 anerkennt doch wenigstens für den Augenblick des Erbfalls ein den Erwerb des Nachlasses vermittelndes subjektives Recht, das im gleichen Augenblick wieder erlösche. Aber auch nicht einmal dies ist m. E. richtig. Es ist derselbe unmögliche Gedanke, wie der, in der Anwartschaft ein Recht zu sehen, kraft dessen ein anderes Recht von selbst (ipso iure) erworben werde. Eben weil sich in beiden Fällen der Erwerb unabhängig von subjekt. Rechtsmacht einer Person und lediglich durch unmittelbare Gesetzeswirkung vollzieht, liegt kein subjekt. Recht vor. Wozu denn ein solches Recht? Vgl. auch Holz S. 27, der die h. M. verteidigt. Die von ihm angeführten Fälle sind gar keine subjektiven Rechte.

ist, die[119]) insoweit auf den Erwerber mitübergehen muß, als er den Nachlaßanteil erworben hat[120]) und insoweit ihm verbleibt, als er Aussicht auf Neuanfall eines Erbteils hat (§ 2373), da dieser Anfall nicht auf ein fortgegebenes Erbrecht zurückgeführt wird, sondern unmittelbar auf die der letztwilligen Verfügung vom Gesetz beigelegte Wirkung und die in § 2373 enthaltene Sonderheit, daß im Zweifel die Anwartschaften auf den Neuanfall nicht mitveräußert sind.

II. Folgerungen für das Recht des Nacherben. (Anwartschaftskomplex.)

Die Auffassung ist schließlich Grundlage für die Ablehnung des herrschenden Anwartschaftsbegriffs bei dem Rechte des Nacherben. Zu diesem Zwecke allein wurde ja der Umweg überhaupt gemacht. Er hat zweierlei ergeben: 1. das als einheitlich gedachte Anwartschaftsrecht hat kein einheitliches Vollrecht, in das es erstarken könnte. Das Erbrecht ist kein Recht. 2. Es hat ferner kein einheitliches Rechtsobjekt, an dem es gegenwärtig bestehen könnte. Der Nachlaß oder Nachlaßanteil ist stets eine Mehrheit von Gegenständen. Damit sind beide oben (S. 27) unter I 1 u. 2 gestellten Fragen gelöst. Der herrschende Begriff des Nacherbenanwartschaftsrechts dürfte aber damit erledigt sein. Er ist nicht nur nach dem Gesetz, er ist auch rechtsdogmatisch unmöglich.

Andererseits ist die obige Untersuchung über den Nachlaß und den Nachlaßanteil Wegweiser zur richtigen Erfassung des Rechts des Nacherben von dem oben entwickelten Anwartschaftsbegriff aus.

Das Recht des Nacherben ist vorerst nur ein Komplex von einzelnen Anwartschaften auf entsprechende subjektive Rechte und Pflichten, die nur das gemeinsam haben, in einem einheitlichen Augenblick, dem Nacherbfall, zu subjektiven Rechten und Pflichten zu erstarken[121]). Gerade weil Anwartschaften nie subjektive Rechte sind, sind sie auch, wie oben gezeigt wurde, auf subjektive Pflichten denkbar und vermitteln in diesem Zusammenhang anschaulich auch den Uebergang der subjektiven Pflichten auf den oder die Nacherben.

Sie entstehen[122]) mit Errichtung des Testaments[123]) durch den Erb-

---

119) z. B. § 86 FGG.; § 2038, II mit § 746 BGB.

120) der Erbschein erhält den Namen des Erwerbers, er hat das Vorkaufsrecht.

121) diese Ansicht hat schon Würdinger anmerkungsweise vertreten, Anm. 1 S. 56/57.

122) für den Vorerben entsteht ebenfalls ein solcher Komplex, der nur nicht ein solch langes Entwicklungsstadium durchläuft.

123) nicht alle; manche entstehen erst später durch Verletzung absoluter Anwartschaften, § 2111; vgl. dazu oben S. 14 ff.

lasser; denn dies ist das erste rechtserzeugende (besser rechtsvermittelnde) Element des besonderen Tatbestandes der Rechtsnorm. In diesem Stadium sind die Anwartschaften noch gänzlich unsicher[124]), da das Testament jederzeit vom Testator teilweise oder ganz widerrufen werden kann (§§ 2254 ff.). Dies hört mit dem zweiten rechtsvermittelnden Element, dem Tode des Erblassers auf. Der Sicherheitsfaktor ist entsprechend gewachsen und dies sogar noch ganz besonders, als von diesem Augenblick an die im Gesetz enthaltenen besonderen Schutzvorschriften für die Anwartschaften in Wirksamkeit treten (§§ 2113 ff.). In erhöhtem Maße gilt dies für die Anwartschaften auf Grundstücke und Grundstücksrechte, da diese als Vermögensstamm dem Nacherben erhalten werden sollen (§§ 2113 und 2115). Ja, rühren diese Anwartschaften aus einer befristeten Nacherbfolge her, so sind sie wegen ihrer Vererblichkeit (§ 2108 Abs. 2) überhaupt schon so sicher wie subjektive Rechte (vgl. § 2113 Abs. 3). Andererseits mindert sich diese Sicherheit bei bedingter Nacherbfolge; und jene umsomehr, als eine befreite Vorerbschaft angeordnet ist. Dann gelten noch nicht einmal die Schutzvorschriften, ausgenommen der Schutz gegen Schenkungen (§§ 2113 Abs. 2, 2136 und 2137).

Das Recht des Nacherben besteht aus reinen Erwerbsanwartschaften in dem oben dargelegten Sinne, indem sie lediglich den Erwerb eines Rechts- und Pflichtenkomplexes vermitteln. Dabei sind sie teils absolut, teils relativ, wodurch auch Anwartschaften auf Ersatzansprüche wegen Verletzung absoluter Rechte entstehen, welche den Erwerb dieser Ansprüche vermitteln (§ 2111) (vgl. dazu oben S. 14 ff.). Daneben erwächst für den Alleinnacherben noch eine Entstehungsanwartschaft auf den Herausgabeanspruch und für die Mitnacherben auch noch eine Reihe Entstehungsanwartschaften auf subjektive Rechte, die in den §§ 2032 ff. enthalten sind, und deren bedeutungsvollstes das Recht auf Auseinandersetzung ist (§ 2042). Also auch diese „Gemeinschaftsobligation" (Binder) der Miterben entwickelt sich über entsprechende Anwartschaften hinweg.

So ist in Wahrheit das Recht des Nacherben weder ein Recht, noch ein Komplexrecht, sondern eine Summe von Einzelanwartschaften auf die Gegenstände eines Sondervermögens[125]). Die schwierige Frage der Verwertung, Abtretung, Verpfändung, Pfändung und des Konkursbeschlags eines solchen Komplexes unfertiger Rechte leitet zum dritten Abschnitt über.

---

124) das besagt nichts gegen den Bestand der Anwartschaften, da die Sicherheit mit der Anwartschaft ja gar nichts zu tun hat. Die Sicherheit ist größer, falls die Nacherbeinsetzung in einem Erbvertrag oder korrespekt. Testament verfügt und ein Ehegatte schon vorverstorben ist. § 2290 ff., § 2271 Abs. 2; vgl auch v. Tuhr I S. 186.

125) gerade dies muß gegen Hothorn S. 25 festgestellt werden, der ein bedingtes oder betagtes Erbrecht am Nachlaß oder Nachlaßteil als Ganzem (?) S. 21 i. S. einer personenrechtl. Anwartschaft (?) annehmen zu können glaubt.

Dritter Abschnitt.

Die Verwertung des Rechts des Nacherben.

Erster Teil.

Die Uebertragung.

1. Die Stellung der Materialien.

Zu dieser Frage soll zunächst die Stellung der Gesetzesmaterialien geprüpft werden, da sie immerhin wichtige Fingerzeige dafür liefern könnten, ob hier überhaupt eine Gesetzeslücke[1]) vorliegt, oder ob das Stillschweigen des Gesetzes einem Verbot gleichkommt.

Die Motive zum Entwurf I [2]) lehnen eine Verbotsvorschrift für den Abschluß eines obligatorischen Vertrages über das Nacherbenrecht, womit auch — wie sie mit Recht ausführen (S. 122) — umsomehr der dingliche Vertrag wirkungslos sei, aus drei Gründen ab:

a) Sie halten dies im Hinblick auf die Erwägungen zu § 349 E I (jetzt § 312 BGB.) für folgewidrig, da die Veräußerung des Nacherbenrechts nicht ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten sei, der in § 349 zu einer Verbotsvorschrift geführt habe.

b) Es müßte weiter dann auch eine Verbotsvorschrift für einen solchen Vertrag erlassen werden, in dem jemand eine Erbschaft für den Fall veräußert, in welchem er sie durch Wegfall eines Vorberufenen erwirbt[3]).

c) Eine weitere bevormundende Beschränkung der obligatorischen Vertragsfreiheit wird als bedenklich bezeichnet, obwohl andererseits eine verfrühte, wenn auch „lediglich obligatorische Veräußerung" als unwirtschaftlich und vielleicht als unterbindungswürdig hingestellt wird.

Die Motive sind sich demnach der Gefahr, die schon der obligatorische Vertrag mit sich bringt, durchaus bewußt, lassen ihn aber dennoch aus den genannten Gründen zu. Daraus folgt, daß sie nicht auch einen Verfügungsvertrag schlechthin ablehnen. Diese, wenigstens einen obligatorischen Vertrag über das Nacherbenrecht bejahende Auffassung ist auch im Gesetz selbst zum Ausdruck gelangt: wenn nach § 2373 im Zweifel solche Erbteile, die nach Abschluß

---

1) die besonders von Bergbohm vertretene Ansicht von der logischen Geschlossenheit des Rechts kraft der ihm innewohnenden Expansionskraft wird somit schon durch die Fragestellung abgelehnt. Vgl. dazu Jung, Zur log. Geschlossenheit S. 1 ff., auch S. 10, 11 ff., 14, 15 ff. und Positives Recht S. 33 ff., bes. 41.

2) V S. 122/23.

3) Im Anklang an diese Motivenstelle hält wohl auch das RG. Gruch. 52, 684 eine solche Veräußerung für möglich.

eines Erbschaftskaufs zufolge Nacherbschaft anfallen, nicht als mitverkauft gelten sollen, so bejaht das Gesetz zugleich die Möglichkeit eines solchen Vertrages[4]). Sie ist insoweit eine Ausnahme von § 310.

Die Denkschrift läßt nichts Wesentliches zu dieser Frage erkennen. Dagegen begründen die Protokolle[5]) die Verfügungsmöglichkeit ausdrücklich: Die Vererblichkeit (Entwurf § 810, BGB. § 2108 Abs. 2) des Nacherbenrechts hat nach ihrer Meinung gerade den Zweck, den Wert des Nacherbenrechts zu steigern und damit in dem praktisch häufigen Fall des korrespektiven Testaments und einer Nacherbeneinsetzung der Kinder den Nacherben ein festes vererbliches und schon vor dem Anfalle verwertbares Recht zu geben, das überdies die Kreditwürdigkeit vergrößert.

Allerdings ist hervorzuheben, daß nach den Protokollen in erster Linie über die Vererblichkeit entschieden werden sollte, wogegen die Verwertbarkeit nurmehr beiläufig herangezogen wurde. Immerhin lassen die Materialien erkennen, daß das Schweigen des Gesetzes nicht im Sinne einer Verbotsnorm auszulegen ist. Vielmehr hat das Gesetz die Frage wegen der erkannten ihr innewohnenden Schwierigkeiten der wissenschaftlichen Fortbildung vorbehalten[6]).

2. Wirtschaftliche Bedeutung der Verwertung.

Bevor überhaupt zur Analogie gegriffen wird, empfiehlt es sich, zunächst einmal im Zusammenhang die Frage nach dem wirtschaftlichen Bedürfnis vorzeitiger Verwertung zu prüfen.

Krediterlangung als Schuldnerinteresse und Sicherheitsverschaffung als Gläubigerinteresse sind mit fortschreitender Wirtschaftsentwicklung in mehr als entsprechendem Maße gewachsene Bedürfnisse. Die Tendenz, künftig fällig werdende Werte gegenwärtig nutzbar zu machen, ist unverkennbar: ein Beispiel der modernen Geldwirtschaft wäre die Diskontierung. Auch ein fortschrittliches Recht darf sich einer solchen Entwicklung nicht verschließen. Wie auch hier der Fortbildungsprozeß längst eingesetzt hat, beweist die seit längerer Zeit ausgebildete, in Wissenschaft und Praxis anerkannte Lehre von der Uebertragung künftiger Forderungen; ferner die Uebertragung und Pfändung der Anwartschaften auf sog. Leihmöbel[7]). Die herrschende Lehre hat auch bei dem Rechte des Nacherben diesem Bedürfnis stattgegeben, allerdings mit rechtlich nicht einwandfreier Begründung. Hier darf deshalb kein Rückbildungs-

4) so auch Hothorn S. 23.

5) Prot. V S. 81/82.

6) Wänkigs (Zeitschr. D. Not. V. 6, 378/79) Auslegung der Materialien, insbes. der angezogenen Motivenstelle (V S. 122/23), die nach ihm gegen eine Verfügung sprechen soll, dürfte ihr wohl nicht ganz gerecht werden.

7) Vgl. erst neuestens wieder den Aufsatz von Abenheimer (1931) und die Arbeit von Holz (1933).

prozeß eintreten. Die Rechtswissenschaft stellt sich somit in den Dienst wertvoller wirtschaftlicher Interessen, wenn sie dem Nacherben, solange er noch arbeitsfrisch und tüchtig ist, die für die Zukunft aufgespeicherte Erbschaft der Gegenwart nutzbar zu machen, gewährleistet (Endemann). Es wird sich auch zeigen, daß durch richtige Erfassung des Nacherbenrechts die vereinzelt überschätzte Gefahr dieser Geschäfte gar nicht so groß ist, wenn nur das Recht die richtige Anwendung genießt.

Schäden können durch vorzeitige Verwertung des Nacherbenrechts nur bei der Abtretung entstehen, nicht — wie sich zeigen wird — bei der Verpfändung oder Pfändung.

Der Fall des leichtsinnigen Nacherben, der sein Nacherbenrecht nur verschleudert, um für ihn nicht notwendiges Geld in die Hand zu bekommen, kann wohl außer Betracht bleiben. Er ist wohl sowieso nicht zu schützen. Schlimmer liegt der Fall, wenn der Nacherbe seine Anwartschaft vorzeitig verwerten muß, um schnell notwendig bares Geld in die Hand zu bekommen. Hier wird namentlich oft bei bedingter Nacherbfolge, zumal wenn noch der Vorerbe befreit ist, der Verkaufspreis wegen des großen Erwerberrisikos nur sehr gering sein[8]). Aber schließlich unterliegt der Verkauf doch noch dem freien Willen des Nacherben, und er wird sich nur dann dazu entschließen, wenn dadurch seine Existenz gerettet wird. In einem solchen Falle rechtfertigt sich aber die Veräußerung wieder durch sich selbst.

Andererseits treten dem die mannigfaltigen Fälle gegenüber, in welchen die Verwertung als „letztes Kreditsicherungsmittel" (Holz)[9]) oder Sicherheitsverschaffungsmittel erscheint. Sie sind sehr bedeutsam: Dem Schuldner droht der umfangreich gewährte Kredit gekündigt zu werden, wenn er nicht neue Sicherheit schafft. Hierzu genügt meist die beschränktere Veräußerung, die Verpfändung; für den Fall der Sicherheitsverschaffung, die Pfändung. Und hier liegt das bedeutsamere Gebiet der Anwartschaftsverwertung: Verhütung drohender Verluste von Schuldner oder Gläubiger durch Verpfändung oder Pfändung.

Da es sich bei all diesen Geschäften um eine Ergänzung oder sogar Fortbildung geltenden Rechts handelt, und somit Wissenschaft und Rechtsprechung durchaus das Recht und sogar dei Pflicht haben, sich von rechtspolitischen Erwägungen leiten zu lassen, dürfte es sich vielleicht empfehlen, den Kreis dieser Geschäfte möglichst eng zu halten und ihnen nur dann Rechtsschutz zu gewähren, wenn sie aus dringenden wirtschaftlichen Bedürfnissen veranlaßt sind[10]).

---

8) Ausschlagung ist durch die Veräußerung (= Annahme, vgl. oben S. 24) unmöglich und bietet keine den Preis reduzierende Gefahr mehr.

9) auf dessen treffende Ausführungen (S. 17—19) hier ausdrücklich Bezug genommen wird.

10) deshalb ist m. E. einer testamentarischen Verfügung über das Recht des Nacherben der Rechtsschutz zu versagen.

Allerdings ist damit eine ungemein schwierige Aufgabe gestellt. Aber selbst wenn man diese Begrenzung ablehnt, so dürften dennoch die durch die Verwertungszulassung erreichten Vorzüge die geäußerten rechtspolitischen Bedenken überwiegen und ersteren der Vorzug zu geben sein. Dies mit gutem Grunde: weil sich die wirtschaftlichen Bedürfnisse meist als die stärkeren und beachtenswerteren Kräfte erweisen, ja sich sogar in schroffem Gegensatz zu gesetzgeberischen Grundgedanken durchgesetzt haben, wie die Sicherungsübereignung und das antizipierte Besitzkonstitut zeigen.

Ein solcher Widerspruch mit einem im Erbrecht und insbesondere im Institut der Nacherbfolge zum Ausdruck gelangten gesetzgeberischen Grundgedanken wird auch hier geltend gemacht, wenigstens für die Verwertung des Rechts des Alleinnacherben, als das Gesetz den Willen des Erblassers, eine ihm genehme Person zum Nacherben zu machen[11]), durch mannigfaltige Ausschlagungsvorschriften schütze und ihm zur Anerkennung verhelfe.

Aber der Wille des Erblassers, eine ihm genehme Person zum Nacherben zu machen, scheint m. E. genügend dadurch respektiert, daß der Nacherbe ja die ihm vom Erblasser zugedachten Vorzüge in ihrem wesentlichen Wertbestande auch bei Verwertung der Anwartschaft erhält. Daß ihm auch zur wirklichen Achtung vor diesem Willen, wie dem Erbschaftsverkäufer, immerhin noch der Name eines Erben und die „allgemeine" Stellung eines solchen zukommen müsse[12]), kann doch nicht entscheidendes Hindernis in einer so wichtigen wirtschaftlichen Frage sein. Das Erbrecht verfährt auch oftmals unsanft mit dem ausdrücklichen Willen des Verstorbenen und macht Personen zu seinen Erben, die ihm außerordentlich mißliebig sein können und dies aus Gründen rein formaler Art, weil etwa das Datum auf dem Testament vorgedruckt war. Ueberdies ist das Ergebnis überraschend, als der Alleinnacherbe, dessen Rechtsstellung sich von der des Mitnacherben vor dem Nacherbfall doch durch nichts unterscheidet, an einer Verwertung gehindert sein soll.

Mit dieser Darlegung ist, wie schon in der Einleitung angedeutet, ein entscheidender Punkt der Untersuchung erreicht. Das Abwägen des Für und Wider liegt hier so ungemein schwierig, daß die Meinungen sich beinahe gleichwertig gegenüberstehen. Diese Arbeit stellt sich einmal aus den genannten Gründen auf den Boden der herrschenden Meinung, verkennt aber ihren Mangel an zwingender Beweiskraft keineswegs; dann aber auch, weil die im folgenden zu untersuchende Rechtstechnik der Verwertung einigermaßen ihre Zulassung rechtfertigt.

---

11) so insbes. Oertmann, Jur. Rdsch. 1934, 42, der für den Alleinnacherben die Verwertungsmöglichkeit verneint, da das Gesetz in § 2033 für den Miterben entsprechend auch für den Mitnacherben, zu einer anderen Wertung gelangt sei.

12) Oertmann a. a. O.

3. Der Gegenstand der Uebertragung.

Teilt man diese Stellungnahme, so kann nun nach der Klarstellung des Nacherbenrechts nicht mehr zweifelhaft sein, was Gegenstand der Veräußerung durch den Nacherben ist. Es ist der gesamte Anwartschaftskomplex, einschließlich auch der Anwartschaften auf die subjektiven Pflichten. So erschließt die wahre Erkenntnis des Nacherbenrechts auch gleichzeitig die dogmatisch bisher schwer erklärbare Rechtserscheinung der Schuldenhaftung des Erwerbers und des Erben überhaupt (argumentum § 2036)[13]). Daß jene Komplexverfügung kein Widerspruch zu dem Satz ist, Verfügungsgegenstand könne nur ein R e ch t sein, ist schon oben gesagt, da dieser Satz gar nicht gilt. Er gilt auch nicht, wie bei der Uebertragung des Miterbenanteils aufgedeckt wurde, in seiner zweiten Bedeutung: e i n e Verfügung, e i n Recht.

a) Genau wie dort der Miterbe ausnahmsweise seine einzelnen Teilrechte in einem Akt übertrug, so überträgt auch der Mitnacherbe in analoger Anwendung von § 2033 seine einzelnen Anwartschaften auf diese Teilrechte in einem Akt. Das erscheint nun nicht mehr als etwas Besonderes. Die entsprechende Anwendung von § 2033 geschieht in Anklang an die herrschende Lehre[14]). Diese Bestimmung muß schon mit Rücksicht auf die in ihr enthaltene Formvorschrift angewandt werden; sie entspricht überdies der Sache[15]).

b) Aber auch der Alleinnacherbe kann seinen Anwartschaftskomplex entsprechend[16]) § 2033 übertragen. Gerade aus der neugewonnenen Erkenntnis des Nacherbenrechts als Anwartschaftskomplex erhellt dies noch mehr, als es die herrschende Meinung zu begründen vermochte. Nach der herrschenden Lehre, insbesondere dem Reichsgericht[17]), ist das Erbrecht des Alleinerben dem Verkehr entzogen, weil dieser über die einzelnen Nachlaßgegenstände direkt verfügen könne. Dies treffe bei dem Alleinnacherben vor dem Erbfalle nicht zu, weil der Vorerbe noch die Erbschaft in Händen habe. Deshalb müsse man auch ihm die Gesamtverfügung gestatten. Das Rechtsverhältnis zum Vorerben und seiner Erbschaft sei überdies bei dem Allein- wie bei dem Mitnacherben gleich. Ihr Anwartschaftsrecht bestände stets an dem Nachlaß als Ganzem, auch bei

---

13) zur Frage der Forthaftung des Nacherben vgl. Leonhard, Erbrecht § 2033 II C 4.

14) z. B. Kretzschmar, Erbrecht § 35, S. 200 ff.; Recht 09, 197 ff.; Leonhard § 2108 Abs. 1 C (heute anders); Planck § 4 vor § 2100; Staud.-Herzfelder 5 zu § 2100; Endemann III § 52; V § 60 II b. RGZ. 80, 377 ff.; 83, 437; 90, 235; 101, 185; OLGE. 26, 329.

15) daß auch die Rechtsregel aus einem solchen Schluß ableitbar und rechtstheoretisch gerechtfertigt ist, vgl. Jung, Log. Geschlossenheit S. 6 ff.

16) daß hier überhaupt die positivrechtl. Grundlage, sogar für eine entsprechende Anwendung fehle (Oertmann Jur. Rdsch. 1934, 42), ist m. E. eine zu engherzige Auffassung.

17) RGZ. 101, 189; Endemann V § 60 b 1.

dem Mitnacherben nicht an einem Erbteil[18]). Nach der hier vertretenen Auffassung folgt dies einfach daraus, daß zwischen dem Anwartschaftskomplex des Allein- und des Mitnacherben nur ein quantitativer Unterschied besteht, der eine verschiedene Behandlung nicht rechtfertigt.

c) Rechtstechnisch gesehen, könnte man noch ein Stück weitergehen und dem Nacherben auch noch die Uebertragung der Einzelanwartschaften auf die beschränkten Grundstücksrechte gestatten. Denn die Sicherheit dieser Anwartschaften ist mit Rücksicht auf die Schutzvorschriften (§ 2113 ff.) teilweise so groß, als ob sie subjektive Rechte wären. Da die Uebertragung der Anwartschaften sich wegen ihres relativen oder absoluten Charakters nach den Uebertragungsvorschriften des Vollrechts richtet, sind allerdings bei den hier in Frage kommenden Anwartschaften die Grenzen sehr eng gezogen. Haupthinderungsgrund ist § 40 GBO., da der Nacherbe entweder gar nicht oder nur den Vorerben als in der Verfügung beschränkend (vgl. oben S. 24 ff.), nicht aber als Inhaber eines Sachenrechts eingetragen ist. Es kämen also nur Grundstücksrechte in Frage, deren Uebertragung sich außerhalb des Grundbuchs vollziehen kann: Briefhypotheken, -grundschulden und -rentenschulden. Das Grundstückseigentum[19]) scheidet aus; nicht weil schon der Auflassung ein Hindernis entgegenstände (§ 925 Abs. 2) — der Eintritt der Nacherbfalls wäre wohl nur eine nicht unter § 925 Abs. 2 fallende Rechtsbedingung[20]) —, aber weil § 40 GBO. entgegensteht. Das gleiche gilt auch für die Buchpfandrechte.

Die Uebertragung der Anwartschaft auf ein Briefgrundpfand wäre aber rechtstechnisch durchaus gangbar, bei Mitnacherben allerdings nur durch gemeinschaftliche Verfügung, da (oben S. 17) für Erwerbsanwartschaften der Satz gefunden wurde, daß sich ihre Uebertragbarkeit oder Unübertragbarkeit nach der des Vollrechts richtet, und das einzelne Teilrecht des Mitnacherben nach § 2033 Abs. 2 unübertragbar ist. Der Nacherbe vollzieht mit dem Erwerber die Einigung über den Anwartschaftsübergang und erteilt die Abtretungserklärung in schriftlicher Form (§§ 1154, 1192). Der Brief ist hierzu nicht erforderlich, da die Erklärung in einer gesonderten Urkunde enthalten sein kann. Die Briefübergabe aber wird ersetzt durch Abtretung der Anwartschaft auf Briefherausgabe (§§ 1154 Abs. 2, 1117 Abs. 1 Satz 2). Damit hätte der Erwerber eine unter Umständen (§ 2108 Abs. 1 Satz 2) gänzliche sichere An-

18) Das RG. (vgl. auch Endemann a. a. O.) scheut sich hier offenbar, den Erbteil als gesonderte universitas iuris anzuerkennen. Das mit Recht, aber die Konstruktion ist dennoch unmöglich. Wie kann jeder ein Erbrecht am ganzen Nachlaß haben, wo jeder nur einen Teil erbt?

19) Erteilt der Nacherbe dem Vorerben Einwilligung zu einer Grundstücksverfügung, so ist dies ein Verzicht auf diese Anwartschaft. Notwendig anders die h. M. vgl. z. B. Endemann V § 60, 2 e.

20) Vgl. dazu Staudinger, Sachenrecht zu § 925 Anm. 5, insbes. e.

wartschaft auf ein Briefpfand. Bei bedingter Nacherbfolge eignete diesem Geschäft kein größerer Unsicherheitsfaktor als einem bedingten Geschäft überhaupt. Es brächte auch weiter keine Gefahren mit sich, da der Brief in der Hand des Vorerben verbleibt.

Allein, es sprechen entscheidende Gründe dagegen. Es wäre auf diese Weise dem oder den Nacherben möglich, die Nacherbschaft durch Veräußerung der wertvollsten Anwartschaften auszuhöhlen und sie den Nachlaßgläubigern zu entziehen. Entscheidender ist schließlich noch der Grund, daß hierdurch ein Mehrheitsverhältnis von Erben geschaffen würde, welches dem Gesetz ganz unbekannt ist. Nacherbe und Erwerber einer Einzelanwartschaft wären keine Miterben, sondern Nebenerben, da doch nicht zu leugnen ist, daß der Erwerber das durch Anwartschaftsveräußerung erworbene Grundpfand auch durch den Nacherbfall erlangt, es also ererbt hätte. —

d) Unmöglich ist auch die Uebertragung des Herausgabeanspruchs des Nacherben (§ 2130)[21]. Auch er ist für den Nacherben vor dem Nacherbfall noch kein subjektives Recht, sondern eine Entstehungsanwartschaft. Dies ist von der herrschenden Lehre offenbar häufig übersehen worden. Genau genommen liegt hier sogar ein Anwartschaftskomplex auf einen Komplex von Herausgabeansprüchen teils dinglicher, teils abligatorischer Natur vor. Der Herausgabeanspruch ähnelt hierin dem Erbschaftsanspruch[22]. Aber diese atomisierende Vorstellung hat hier nur den Wert, als sie den wahren Entstehungsgrund dieses Anspruchs zeigt: der Nacherbe erwirbt den Nachlaß sogleich in einem „pathologischen Zustand", teils dadurch, daß der Vorerbe die Nachlaßgegenstände noch im Besitz hat, teils daß er nicht ordnungsmäßig verwaltet hat und schuldrechtlichen Ersatz schuldet. Die Anwartschaft auf diesen so gearteten Anspruch kann daher unmöglich von den Rechten getrennt werden, aus denen er entspringt, ebensowenig wie der Eigentumsherausgabeanspruch oder der Berichtigungsanspruch dauernd vom Eigentum getrennt werden können. Allenfalls ließe sich die Abtretbarkeit der Anwartschaften auf die schuldrechtlichen Ersatzansprüche noch denken. Aber damit würde dem Erwerber doch nicht die Aussicht auf den Nachlaßerwerb rechtlich gesichert[23]. — Die Folgen machen noch am besten die Unhaltbarkeit dieser Meinung klar. Einerseits würde ein so schwerwiegendes Geschäft formlos geschehen können, was gänzlich unan-

---

21) so vielfach die h. M.: Kipp § 92 I; Kretzschmar, Recht 1909 Sp. 199; ders. LZ. 1909, 794 ff.; ders. Erbrecht S. 201; Bedenken jetzt Sächs. Arch. 1918 S. 4/5; früher auch Staudinger 7/8. Aufl. Berm. 5 zu § 2100; Peiser S. 71 Anm. 25; Wäntig, Zeitschr. D. Not. V. 6, 398—400; Planck 4 b vor § 2100; Schlegelberger, Seuff. Bl. 78, 106; Endemann V § 60 II b 3 und II c; Goldmann, JW. 1929, 615 u. a.; dagegen schon Leonhard § 2108 I C; Arch. R. W. 10. 148; Hothorn S. 24/25; Radke S. 5; teils richtig auch das KG.: OLGE 26, 333/34.

22) Vgl. dazu Leonhard § 2130 I A.

23) Vgl. dazu Endemann V § 60 b 3; der den Unterschied erkannt hat, von seiner Auffassung eines Wartrechts aber nicht zu völliger Klarheit gelangen konnte.

nehmbar wäre. Andererseits behielte der Zedent alle seine übrigen Erwerbsanwartschaften. Mit dem Erbfall würde er das Eigentum, die Nachlaßforderung usw. erwerben, falls er sie nicht vorher an einen anderen abgetreten hätte. Da er das Eigentum an den Nachlaßgegenständen in dem genannten pathologischen Zustand erwirbt, würden für ihn überdies durch vervielfältigende (kooptierende) Wirkung[24]) neue Herausgabeansprüche entstehen. Wie schließlich sollte der Schuldenübergang erklärt werden? Es zeigt sich, wie aufklärend auch hier die Erfassung des Nacherbenrechts als Anwartschaftskomplex wirkt.

4. Das Grundgeschäft der Uebertragung.

Wie jedes Verfügungsgeschäft stützt sich auch die Anwartschaftsverfügung auf ein verpflichtendes Grundgeschäft nach Art des Erbschaftskaufs (§§ 2385 Abs. 1, 2371) und bedarf daher der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft werden zweckmäßig in einer Urkunde verbunden.

a) Die Wirkungen des Grundgeschäfts bestehen einerseits in der Verpflichtung, das Verfügungsgeschäft vorzunehmen; andererseits in der Haftung des Veräußerers. Letztere richtet sich nach den Bestimmungen des Erbschaftskaufs, soweit sie sachentsprechend sind. Die Haftung ist m. E. auf das Mindestmaß einzuschränken, da der Erwerbspreis in der Mehrzahl der Fälle meist niedriggehalten sein wird. So ist die Vorschrift des § 2374 unanwendbar, weil hier nicht die Verpflichtung besteht, jede Anwartschaft einzeln zu übertragen, wie das Einzelrecht beim Erbschaftskauf, sondern eine Verpflichtung zu einer Verfügung über einen Anwartschaftskomplex[25]). Die sachentsprechende Haftungsvorschrift ist nur § 2376, die Haftung für das Erbrecht, d. h. für den Bestand des Anwartschaftskomplexes[26]). Diese Vorschrift verdient auch entsprechende Anwendung, wenn bei bedingter Nacherbfolge die Bedingung ausfällt, da in diesem Falle der Anwartschaftskomplex gänzlich erlischt. Dagegen bleibt die schuldrechtliche Grundlage, der Verpflichtungsvertrag, bestehen, da dieser ja unbedingt abgeschlossen wurde und auch durch Abtretung des Anwartschaftskomplexes erfüllt war. Nur die Vollrechtsentstehung bleibt aus. Für sie aber hat der Nacherbe die Gewährleistung übernommen, da er ja als Nacherbe aufgetreten ist (§ 2376). Eine Haftung ist hier auch recht und billig, da sonst der Erwerber sein Geld hingegeben hätte, ohne irgend eine Gegenleistung erhalten zu haben. Vor allem wird durch ein solches Ein-

---

24) Vgl. dazu Hirsch, Uebertragung d. Rechtsausübung.

25) Die Anwartschaften auf die in § 2374 genannten Ersatzansprüche gehen ja mit und in ihm von selbst über — § 2375 ist überhaupt hier unanwendbar, da unentgeltliche Anwartschaftsveräußerungen keinen Schutz verdienen und nichtig sind.

26) Vgl. dazu auch Kipp § 100 II, 1.

stehen die Gewagtheit des Geschäftes ganz erheblich vermindert und die Aussicht auf eine gerechte Preisbildung von vornherein erhöht. Die übrigen Vorschriften des Erbschaftskaufs, insbesondere §§ 2379—2384, sind unanwendbar, da sie notwendig den Anfall einer Erbschaft voraussetzen. Auch eine Haftung oder Nebenhaftung des veräußernden Nacherben für die Nachlaßverbindlichkeiten wäre unangemessen, da er überhaupt nicht Erbe geworden ist.

b) Das Uebertragungsgeschäft hindert den Nacherben an der Ausschlagung (vgl. oben S. 24). Es leitet mit Eintritt des Nacherbfalls den Anfall der Vorerbschaft auf den Erwerber über. Dieser wird damit Erbe, kann die Erbschaft vom Vorerben durch seine zum Vollrecht erstarkte Anwartschaft auf den Herausgabeanspruch herausverlangen und die Schadensansprüche wegen ordnungswidriger Verwaltung geltend machen. Er wird im Erbschein genannt[27]). Dies ist kein Verstoß gegen den Satz: Erbe kann nur werden, wen der Erblasser oder das Gesetz beruft. Dieser Satz existiert gar nicht[28]). Auch der Erwerber eines Erbanteils erlangt die Rechtsstellung eines Erben. Mit der Bezeichnung des Erwerbers als Anwärter auf die Nacherbenstellung ist über die Wirkungen des Uebertragungsgeschäfts alles Wesentliche gesagt. Es folgt daraus, daß er seine Anwartschaften auch weiterübertragen kann[29]).

Zweiter Teil.

Die Verpfändung und Pfändung des Rechts des Nacherben.

Aus der Zulassung der Uebertragung des Nacherbenrechts folgt auch die Möglichkeit der qualitativ beschränkteren Uebertragung, der Verpfändung[30]). Sie hat entsprechend § 2033 Abs. 1, der durch seine Ausdrucksweise „verfügen" auch die Verpfändung mitumfaßt, in gerichtlicher oder notarieller Form zu erfolgen.

1. Pfandrechte an Anwartschaften?

Verpfändbarkeit und Pfändbarkeit bedingter oder befristeter Rechte[31]) beweisen eindeutig, daß ein Pfandrecht an einer Anwartschaft, die selbst noch kein subjektives Recht ist, überhaupt bestehen kann. Es folgt überdies aus § 832 ZPO. Das Pfandrecht an einer gepfändeten Mietzinsforderung erstreckt sich nach § 832 ZPO. auch auf die erst nach der Pfändung fällig werdenden Beträge. Diese zukünftigen Forderungsrechte sind bisher nur Anwartschaften und nicht schon inhaltlich auf zukünftige Leistung abgestellte subjektive Rechte. Dies folgt aus der Natur des Mietvertrages als eines

27) Endemann V § 60 II b 3.

28) so allerdings die Motive V S. 122; dem treten viele Lehrbücher bei. Zur Not reicht auch die Begründung des RG. 101, 189 aus.

29) ebenso Endemann V § 60 II b 1.

30) a. A. du Chesne, Seuff. Bl. 75, 235 ff.

31) Stein-Jonas § 829 I, 1 a; Kaufmann, Sächs. Arch. 1909, 326 ff., insbes. 328; Staudinger § 1273. 1 b.

Dauerschuldverhältnisses. Die Mitzinsraten bilden nicht wirtschaftlich ein Ganzes, sondern sind Dauerleistungen. Die Fälligkeit der Schuld ist Tatbestandsmerkmal[32]). Begründung eines Pfandrechts bedeutet ja nichts weiter als Uebertragung von Verfügungsbefugnissen[33]), deren Verlust den Verpfänder insoweit an die Mitwirkung des Pfandgläubigers bindet, als der Bestand des Rechts betroffen wird[34]). Verfügungsbefugnisse sind aber auch schon mit der Anwartschaft verbunden, falls sie überhaupt übertragbar ist. Ein Pfandrecht an einer Anwartschaft ist daher auch rechtsdogmatisch durchaus haltbar. Die Verpfändung des Anwartschaftskomplexes des Allein- oder Mitnacherben begründet daher an jeder einzelnen Anwartschaft ein Pfandrecht.

2. Die rechtstechnische Durchführung der Verpfändung und Pfandverwertung.

Eine solche Verpfändung, der wie stets einem Pfandrecht die Möglichkeit zwangsweiser Verwertung innewohnt, darf nun unter keinen Umständen zu einer Verschleuderung des Anwartschaftskomplexes führen. Bei richtiger Anwendung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen ist dies auch durchaus vermeidbar.

In § 2033 BGB. ist nur die äußere Form der Verpfändung geregelt. Die Rechte, die sich aus ihr für den Pfandgläubiger ergeben, finden sich dagegen in den §§ 1273 ff. BGB. Es darf nicht wunder nehmen, daß in diesem Titel vom Pfandrecht an Rechten die Rede ist, Denn Sonderbestimmungen für Anwartschaften kennt das Gesetz wie allgemein, so auch hier nicht. Es kann sich also nur um entsprechende Anwendung handeln. Eine dieser Vorschriften, § 1274, der die Rechtstechnik der Verpfändung enthält, ist überhaupt schon stillschweigend in Verbindung mit § 2033 angewandt worden.

§ 1274 spricht allerdings nur von der Pfandrechtsbestellung an einem Recht. Er ist aber auch ebenso auf die Verpfändung eines Anteils anzuwenden[35]); andernfalls wäre sie überhaupt nicht möglich, da das Gesetz eine Sonderbestimmung für die Anteilsverpfändung, wie § 859 Abs. 2 ZPO. für die Anteilspfändung nicht vorgesehen hat. Dieser Mangel an einer exakten Vorschrift ist Folge der unrichtigen Auffassung, daß bei dem Anteilspfandrecht das Pfandrecht an einem Recht, dem subjektiven Erbrecht oder Mitgliedschaftsrecht aus der Erbengemeinschaft und nicht an den einzelnen Teilrechten an den Nachlaßgegenständen bestände[36]). Der

---

32) Vgl. dazu im einzelnen Würdinger S. 34 ff., bes. 37.

33) Krückmann, ZBlFG. 16, 20.

34) Vgl. z. B. §§ 1276, 1281 ff. BGB. Rechtstechnisch wird das Pfandrecht am Recht durch Uebertragung des Rechts bestellt. Damit ist aber nicht das ganze Recht übertragen, es steht vielmehr dem Verpfänder noch zu; er kann es auch weiterübertragen. Vgl. auch Staudinger zu § 1274, 1 b.

35) Vgl. RGZ. 83, 28; 84, 395 ff.; 87, 321 ff.; 90, 234; ZBlFG. 16, 334.

36) dies ist auch die Auffassung des RG. Vgl. z. B. 90, 235.

Gesetzgeber ging davon aus, daß § 1274 alle Verpfändungsfälle decke. Die dogmatische Konstruktion der Gesamthand findet daher bei einer Verpfändung des Miterbenanteils keine genau formulierte Gesetzesvorschrift in den §§ 1273 ff. BGB. Sie kommt aber auch mit dem vorhandenen Normenmaterial voll und ganz aus, wenn sie nur auf die Anteilsverpfändung den § 1274 anwendet. Dies ist auch durchaus nicht unsachlich: Rechtsverpfändung, Anteilsverpfändung und auch Anwartschaftsverpfändung auf einen solchen Anteil können stets nur nach der in § 1274 grundsätzlich aufgestellten Rechtstechnik: Verpfändung mit Hilfe der Rechtsübertragungsform geschehen.

Zweifelhaft ist nur für unsere Anwartschaftsverpfändung, ob es nicht zu ihrer Wirksamkeit einer Anzeige an den Vorerben entsprechend § 1280 bedarf. Zwar handelt es sich nicht um die Verpfändung von Anwartschaften auf Forderungen. Aber immerhin unterliegt auch die Anwartschaft auf den Herausgabeanspruch gegen den Vorerben dem Pfandrecht des Gläubigers. Dieser Anspruch, genau genommen wieder ein Anspruchsbündel (vgl. oben S. 47), hat wenigstens teilweise obligatorischen Charakter und geht, wie die Forderung, auf eine Leistung. Allein schon insofern rechtfertigte sich ein Anzeigeverlangen[37]). Im übrigen erscheint es auch aus Zweckmäßigkeitsgründen geboten. Für den Fall, daß der Nacherbfall vor der Pfandreife eintritt, würde der Vorerbe, der den Nachlaß in Unkenntnis der Verpfändung an den Nacherben allein herausgibt, diesen in die Lage versetzen, den Nachlaß schnell veräußern zu können. Das ohne Kenntlichkeitsakt sich an den Nachlaßgegenständen fortsetzende Pfandrecht des Gläubigers wäre damit illusorisch[38]). Für solch einen Fall ist daher zu fordern, daß der Vorerbe entsprechend § 1281 nur an den Nacherben und Pfandgläubiger gemeinschaftlich leistet. Tritt andererseits der Nacherbfall nach Pfandreife ein, ohne daß der Gläubiger schon den Anwartschaftskomplex verwertet hätte, so darf der Vorerbe entsprechend § 1282 nur an den Pfandgläubiger herausgeben. Auf diese Weise ist wenigstens die bei einer Sondervermögensverpfändung vom Ge-

---

37) anders RG. 83, 28 bei Verpfändung eines Miterbenanteils. Aber auch hier ist es äußerst zweckmäßig, damit die unwissenden Miterben möglichst keine Auseinandersetzungshandlungen ohne den Pfandgläubiger vornehmen. RG. a. a. O. S. 30/31; vgl. auch Staudinger-Herzfelder § 2033, 1 g.

38) § 1276 bietet nur Schutz gegen Aufhebung oder Aenderung des verpfändeten Rechts. Auch eine Veräußerung von Nachlaßbestandteilen soll nach dem KG. (das sich damit übrigens wieder in Widerspruch zur herrschenden Gesamthandstheorie setzt), hierunter fallen (KGJ. 31 A S. 265; 33 A S. 231/32). Aber regelmäßig ist der Erwerber gutgläubig und erwirbt daher lastenfrei. Vgl. Staudinger-Kober § 1276, 3.

setz stark vernachlässigte Publizitätsfrage[39]) einigermaßen zufriedenstellend gelöst[40]). Nur hinsichtlich der im Nachlaß befindlichen Forderungen fehlt noch ausreichender Gläubigerschutz, da die Nachlaßschuldner sich stets durch Leistung an den Nacherben analog § 407 befreien könnten. Der Pfandgläubiger wird daher gut tun, vom Vorerben Auskunft über ausstehende Forderungen einzuholen, um so durch Benachrichtigung der Schuldner die erforderlichen Kenntlichkeitsakte nachholen zu können[41]).

Der Pfandgläubiger kann aber mit Pfandreife (§ 1228 BGB.) auch schon seine Befriedigung durch Verwertung des Anwartschaftskomplexes nachsuchen. Nach § 1273 Abs. 2 finden auf das Pfandrecht an Rechten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen, also auch § 1228 entsprechende Anwendung. Die Befriedigung des Pfandgläubigers geschieht bei dem Pfandrecht an Rechten abweichend vom Sachpfand (§§ 1228, 1233) nicht durch Privatverkauf oder Sachversteigerung nach den Regeln der ZPO. (§§ 814 ff.), sondern gemäß § 1277 auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften der ZPO. Die Verwertung geschieht hier also immer unter Mitwirkung des Gerichts. Grund zu dieser abweichenden Verwertungsregelung war die Verhinderung einer unwirtschaftlichen Verschleuderung des verpfändeten Rechts. Diese Gefahr ist nun bei einer Anwartschaftsverwertung durch die der Anwartschaft teilweise innewohnende oben geschilderte Unsicherheit der Vollrechtsentstehung besonders groß. Dem Gericht erwächst hier die bedeutsame Aufgabe, die Verschleuderung des Anwartschaftskomplexes unter allen Umständen zu verhindern. Die ZPO. gibt ihm hierfür die notwendigen Befugnisse. Aus der besonderen Natur der Anwartschaftsverpfändung als einer vorweggenommenen Rechtsverpfändung ergibt sich für das Gericht geradezu die Pflicht, von diesen Befugnissen Gebrauch zu machen.

Zunächst hat der Pfandgläubiger gemäß § 1277 einen Titel auf Gestattung der Befriedigung aus dem gepfändeten Anwartschaftskomplex zu erwirken[42]). Dieser Titel bildet zugleich den gesetzlichen Untergrund für das unmittelbar weitere Vorgehen der Voll-

---

39) Auch bei der Verpfändung eines Miterbenanteils tritt genau dieselbe Schwierigkeit auf. Auch hier wird eine dem Pfandgläubiger gegenüber vollwirksame Verpfändung nur erreicht, wenn sich die Parteien richtig in den Rechtsbesitz an dem noch ganz und gar nichtöffentlichen Pfandrecht setzen. Krückmann, ZBlFG. 16, 1; 41 ff., insbes. 21—33. Arch. Ziv. Pr. 108, 373 ff.

40) Eine Eintragung der Verpfändung im Grundbuch ist zulässig, da die vorerbliche Verfügungsbeschränkung jetzt nur zugunsten einer weiteren Person, des Pfandgl., gilt. Vgl. RGZ. 83, 434 mit abweichender Begründung. Kretzschmar, Sächs. Arch. 1918, 3.

41) Vgl. auch den Vorschlag Kretzschmars, ebd. 1918 S. 4.

42) Staudinger-Kober § 1277, 1 a.

streckungsorgane[43]). Denn einer erneuten Pfändung[44]) auf Grund des erlangten Titels bedarf es nicht[45]), da ja ein Pfandrecht schon vertraglich begründet war. Das Gericht hat in der Folge jetzt nur noch über den Verwertungsantrag des Gläubigers zu entscheiden.

Der Natur des Anwartschaftskomplexes entsprechend, kann hier überhaupt nur eine Art der Verwertung, die Veräußerung, in Frage kommen. Eine Ueberweisung an Zahlungsstatt scheidet aus, weil der Anwartschaftskomplex keinen Nennwert hat. Die Ueberweisung zur Einziehung nach den §§ 857, 835 ZPO. setzt zwar nicht das Vorhandensein eines Drittschuldners, aber doch eine Einziehungstätigkeit und ein Einziehungsobjekt voraus, welches kraft dieser Tätigkeit in das Vermögen des Gläubigers fiele[46]). Eine solche Einziehung ist vor dem Nacherbfall noch gar nicht möglich und bringt daher den Gläubiger in keiner Weise weiter, abgesehen davon, daß die Ueberweisung überhaupt nur bei Rechten auf eine Leistung[47]) Sinn hat[48]).

So bleibt nur die Veräußerung durch Versteigerung. Eine solche gemäß §§ 857 Abs. 5, 844 ZPO. zu treffende Anordnung liegt stets im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts[49]). Der Gläubiger hat nie ein Recht darauf[50]). Zwar ist bei der Entscheidung in erster Hinsicht das Gläubigerinteresse maßgeblich. Regelmäßig wird aber die Anwartschaftsverwertung keinen annehmbaren Preis erzielen, da die Bieter meist mit den ungünstigsten Verhältnissen rechnen. In einem solchen Verkaufe würde aber eine „solche Härte für den Schuldner liegen, daß das pflichtmäßige Ermessen zu einer Zurückweisung des Antrags führen muß“ [51]). Es wäre daher stets pflichtwidrig, wenn das Gericht eine bedingungslose Versteigerung des Komplexes zuließe. Ein angemessener Mindestpreis, unter dem der Zuschlag nicht zu erteilen ist, muß nach Gehör des Schuldners (§ 844 Abs. 2 ZPO.) auf jeden Fall festgesetzt werden. Kommt ein dementsprechendes Gebot nicht heraus — und das wird meist der Fall sein —, so kann eine Verwertung zugunsten des Gläubigers nicht erfolgen[52]). Er hat dann auf den Eintritt des Nacherbfalls zu warten.

---

43) Staudinger-Kober a. a. O.; Wolff Sachenrecht § 176 V, 2.

44) so allerdings Planck § 1277 Anm. 1.

45) Staudinger-Kober a. a. O.; Wolff § 176 Anm. 24.

46) Kaufmann, Sächs. Arch. 1909 S. 332; Seuffert-Walsmann ZPO. § 857, 4.

47) Seuffert-Walsmann a. a. O.

48) auch bei der Ueberweisung zur Einziehung bliebe der Nacherbe Inhaber der Anwartschaft (Stein-Jonas § 835 VI). Träte der Nacherbfall jetzt ein, so wäre er Eigentümer geworden. Bei Eigentumsanwartschaften ist daher eine Ueberweisung zur Einziehung überhaupt undenkbar und daher sinnlos.

49) Stein-Jonas § 844, I.

50) OLG. Dresden, LZ. 1914 Sp. 96.

51) RG. in JW. 1891 S. 224.

52) ebenso Kretzschmar, Sächs. Arch. 1918 S. 7 u. 8 für die Pfändung.

So ergibt sich bei richtiger Anwendung des Gesetzes aus der besonderen Natur der Anwartschaft eine ihr entsprechende Einschränkung: das Befriedigungsrecht des Pfandgläubigers (§§ 1273, 1228 BGB.) schiebt sich durch die begrenzte Pfandverwertungsmöglichkeit (nur Versteigerung) des Anwartschaftskomplexes regelmäßig bis zu seiner Umwandlung in einen Vollrechtskomplex auf[53]). Mit dieser Einschränkung muß der Gläubiger schon bei Abschluß des Verpfändungsvertrages rechnen[54]). Aus ihr ergibt sich die schon oben gekennzeichnete beschränktere wirtschaftliche Bedeutung der Anwartschaftsverpfändung. Sie sollte im Interesse beider Parteien nur Verwendung finden als letztes Krediterhaltungsmittel, nicht auch als Kreditverschaffungsmittel.

3. Die rechtstechnische Durchführung der Pfändung.

Eben die gleichen Grundsätze sind auch bei der Pfändung einzuhalten. Nur ist das erworbene Pfandrecht hier unsicherer als bei der die Annahme enthaltenden Verpfändung, da der Nacherbe dem Gläubiger zum Trotz von seinem Ausschlagungsrecht Gebrauch machen kann. Aber immerhin ist sie möglich, darf und kann bei pflichtgemäßer Einhaltung der entwickelten Verwertungsregeln ebensowenig zu einer unbilligen Verschleuderung des Komplexes führen wie die Verpfändung, da die Verwertung sich nach genau denselben Vorschriften vollzieht wie bei jener.

Allerdings geht das Pfändungsverfahren nicht, wie die herrschende Lehre meint, von § 857 Abs. 2 ZPO. aus, sondern von § 859[55]). Die Anwendung dieser Bestimmung ergibt sich wiederum folgerecht aus der Natur des Nacherbenrechts als eines Anwartschaftskomplexes auf einen Anteil am Sondervermögen, oder auf dieses überhaupt.

Von der Pfändung ergriffen wird das Recht des Nacherben, also der ganze Anwartschaftskomplex, einschließlich auch der wichtigen Entstehungsanwartschaft auf den Herausgabeanspruch, da dieser inhaltlich an die späteren Vollrechte gebunden ist (vgl. oben

---

53) Dieser Verwertungsaufschub der Anwartschaft ist nicht allgemein notwendig. Bei der gepfändeten Anwartschaft auf Eigentumserwerb an Leihmöbeln ist ein angemessener Versteigerungserlös dadurch zu erzielen, daß das Leihmöbel nach § 857 Abs. 5 ZPO. dem Schuldner weggenommen wird und so bei der Versteigerung eine geeignete Preisbildungsgrundlage bietet. Der Anreiz zu Geboten ist noch dadurch erhöht, daß der Anwartschaftsersteher mit Zahlung des Restkaufpreises an den Möbeleigentümer kraft seiner Anwartschaft Eigentum erwirbt. Vgl. Kaufmann, Sächs. Arch. 1909, 334/35.

54) Unter keinen Umständen ist daher dem Verpfänder zu raten, vertraglich (unbeschränkt allerdings erst nach Pfandreife §§ 1277 Satz 2; 1245, I u. II, 1235; vgl. Wolff Sachenrecht § 176- V, 2 b und RG. 90, 256) eine andere Art der Verwertung als die gerichtliche zu vereinbaren.

55) praktisch ist der Unterschied allerdings nicht von Bedeutung. — Die h. M. verfährt insofern folgewidrig, als sie die Abtretung entspr. § 2033 zuläßt, nicht aber die Pfändung entspr. § 859, sondern direkt nach § 857 Abs. 2.

S. 47)[56]). Mehr gehört aber auch nicht dazu. Insbesondere sind nicht die schon jetzt gegebenen subjektiven Hilfsrechte der §§ 2121, 2122/23, 2128/29, 2116 und 2118 Inhalt des Rechts des Nacherben[57]). Dies wäre dogmatisch eine ganz unhaltbare Auffassung. Zum Inhalt eines Anwartschaftskomplexes können nicht schon fertige subjektive Rechte gehören. Es bedarf daher, wenn im Einzelfall der Pfändungsgläubiger an der Ausübung dieser Rechte zur Erhaltung der Vorerbschaft ein Interesse hat, der gesonderten Pfändung[58]). Weil diese Ansprüche von der Komplexpfändung nicht mitergriffen werden, wäre es auch unrichtig, den Vorerben deswegen als Drittschuldner anzusehen[59]) und an ihn ein entsprechendes Leistungsverbot zu erlassen. Aber die Zustellung eines solchen Verbots an den Vorerben gebietet sich doch deshalb, weil die Anwartschaft auf den Herausgabeanspruch[60]) notwendigerweise gleich mitgepfändet wird[61]). Dann erst ist die Pfändung als bewirkt anzusehen (§ 829 Abs. 3 ZPO.). Dies ist m. E. hier ebenso sehr zum Schutz des Pfändungsgläubigers geboten, wie oben die Anzeige der Verpfändung an den Vorerben. Denn gibt der ahnungslose Vorerbe mit Eintritt des Nacherbfalls die Vorerbschaft an den Nacherben heraus, so kann letzterer sie veräußern, ohne daß der Pfandgläubiger sein Pfandrecht hätte geltend machen können. Zwar setzt es sich mit dem Nacherbfall an den entsprechenden Vollrechten fort, an einem Grundstück entsteht eine Sicherungshypothek (entsprechend den §§ 1287, BGB., 848 ZPO.)[62]), gegen ihren Verlust ist der Gläubiger schon durch den Pfandvermerk[63]) im Grundbuch geschützt, und für die übrigen Sachen besteht durch das Inhibitorum (§ 829 ZPO.) ein relatives Veräußerungsverbot (§§ 135/36 BGB.)[64]). Aber gerade für letztere greift wieder zuungunsten des Gläubigers der Schutz des guten Glaubens für den Erwerber ein (§ 135 Abs. 2 BGB.). Diese höchstbedenklichen Folgen werden verhindert, wenn der Nacherbe durch das Leistungsverbot des Vorerben den Besitz der Vorerbschaft gar nicht erst erlangt. Kraft des Pfandrechts am Herausgabeanspruch, den der Gläubiger sich zur Einziehung überweisen lassen muß, kann er vom Vorerben Herausgabe der Gegenstände an einen Gerichtsvollzieher zur Verwertung verlangen[65]). Erst so genießt er gerechten Schutz.

---

56) so auch richtig Kretzschmar, Sächs. Arch. 1918 S. 5.

57) wie Kretzschmar a. a. O. S. 4 u. 5 meint.

58) so richtig das KG. OLGE. 26, 332.

59) so Kretzschmar a. a. O. S. 5.

60) Drittschulder in § 857 wird mit Recht heute sehr weit ausgelegt. Baumbach § 857 Ziff. 3.

61) im Ergebnis auch Kretzschmar a. a. O. S. 5; anders das KG a. a. O. Es sieht den Herausgabeanspruch nicht notwendig als mitverpfändet an.

62) KG. OLGE. 26, 333.

63) er ist zulässig; vgl. oben S. 52 Anm. 40; RGZ. 83, 434.

64) Stein-Jonas § 829 VI, 1.

65) KG. OLGE. 26, 334.

Bezüglich der zur Vorerbschaft gehörigen Forderungen kann sich auch hier der Pfändungsgläubiger vor befreiender Schuldnerleistung (§ 407 BGB.) nur durch Mitteilung seines Pfandrechts an den Schuldner schützen.

Bei einer Mitnacherbengemeinschaft[66]) ergeben sich aus der Eigenart des Gemeinschaftsverhältnisses notwendig Abweichungen für das Verfahren. Es ist unmöglich, daß durch die Pfändung des Anwartschaftskomplexes eines Mitnacherben dem Vorerben für den Nacherbfall die Herausgabe an die Gemeinschaft durch Leistungsverbot untersagt werden könnte. Ein Pfandrecht hat der Gläubiger nur an der Anwartschaft auf den Herausgabeanspruch eines der Miterben. Die anderen haben aber ebenfalls eine solche Anwartschaft; denn jeder Miterbe kann mit Eintritt des Nacherbfalls den Nachlaß an alle herausverlangen. Einem solchen Verlangen dürfte sich der Vorerbe daher nicht widersetzen, da ihm nur verboten ist, dem Herausgabeanspruch des Pfändungsschuldners nachzukommen. Ein Leistungsverbot an den Vorerben sollte überdies nur den Besitzerwerb des Nacherben verhindern, um ihm Verfügungen über Nachlaßsachen unmöglich zu machen. Diesen Zweck kann es bei einem Mitnacherben gar nicht erfüllen. Ueber seine Anteile an den einzelnen Nachlaßgegenständen kann dieser ohnehin nicht verfügen (§ 2033 Abs. 2), und über seinen Anteil am Nachlaßganzen kann er auch ohne Besitz verfügen. Er darf es zwar nicht (§ 135 Abs. 2 BGB.). Ein Leistungsverbot an den Vorerben ist daher nicht nur juristisch falsch, sondern auch zwecklos. Richtig und zweckvoll ist dagegen seine Zustellung an den Mitnacherben[67]). Jeder Mitnacherbe hat schon vor dem Nacherbfall eine Entstehungsanwartschaft auf den Auseinandersetzungsanspruch[68]). Schuldner dieses Anspruchs sind die übrigen Mitnacherben. Pfändet ein Gläubiger eines Mitnacherben dessen Anwartschaftskomplex, so unterliegt seinem Pfandrecht auch diese Entstehungsanwartschaft. Es hat deswegen seinen guten Grund, den übrigen Mitnacherben ein Leistungsverbot zuzustellen[69]), da wegen des Pfandrechts an dem

---

66) unmöglich ist m. E. die Pfändung der Anwartschaft auf den sog. Quotenanspruch, d. i. das Recht auf dasjenige, was dem Miterben nach der Auseinandersetzung zukommt. Schon ein solches Recht auf die Ueberschußquote neben dem Auseinandersetzungsanspruch ist nicht anzuerkennen, viel weniger eine Anwartschaft darauf. Auf diese Frage kann jedoch hier nicht näher eingegangen werden. Vgl. dazu Pringsheim, Rechtsstellung S. 74 ff.; Diss. S. 35 ff.; Krückmann ZBlFG. 16, 21.

67) KG. OLGE. 26, 329 ff.

68) auch die Gemeinschaftsobligation der Miterben (§ 2038, 2042—2049, 2050—2057; vgl. dazu Binder, Rechtsstellung S. 67) entwickelt sich über Anwartschaften hinweg zu Vollrechten und Pflichten. Daß der Anspruch auf Auseinandersetzung nicht dem einzelnen Teilrecht entspringt, sondern der Gemeinschaftsobligation und daher schuldrechtlich ist, dazu vgl. Binder III S. 81/82; Pringsheim S. 75 ff.

69) unbedingt notwendig ist dies zur Wirksamkeit der Pfändung nicht, da der Pfändungsakt die Entstehungsanwartschaften notwendig mitumfaßt.

genannten Anspruch[70]) jede spätere Auseinandersetzungshandlung der Mitnacherben an die Mitwirkung des Pfändungsgläubigers gebunden ist[71]). Entsprechend § 1276 BGB. wäre sie zwar ohne Zustimmung des Pfandgläubigers unwirksam. Denn die Auseinandersetzung bewirkt eine sehr wesentliche Veränderung des gepfändeten Teilrechts[72]): es gibt als solches seine Existenz auf; bei den Gegenständen, die einem andern Miterben zugeteilt werden, wird es an diesen übertragen und geht in den anderen Teilrechten auf; bei Gegenständen, die der Pfändungsschuldner erwirbt, verschmilzt es mit den dazuerworbenen Teilen. Weil das Pfandrecht seinen Gegenstand verlöre, tritt deshalb dem Pfändungsgläubiger gegenüber Unwirksamkeit der Auseinandersetzungshandlung ein[73]). Aber meist ist dies wegen des guten Glaubens der Miterben nicht der Fall[74]), und der Gläubiger verlöre so sein Pfandrecht.

Ebenso ist es in Hinsicht auf gemeinschaftliche Verfügungen der Mitnacherben mit Dritten. Auch hier ist es notwendig, daß die Miterben die Pfändung kennen, damit sie eine gemeinschaftliche Verfügung über einen Nachlaßgegenstand nicht ohne die Mitwirkung des Pfändungsgläubigers treffen. Ein gutgläubiger Erwerb des Dritten machte das Pfandrecht illusorisch (§ 135 Abs. 2 BGB.). Diese Gefahren werden gemildert, wenn die Mitnacherben als Drittschuldner von der Pfändung Kenntnis erhalten. Dadurch ist im ersteren Falle ihre Auseinandersetzungshandlung dem Pfändungsgläubiger gegenüber unwirksam, weil sie bösgläubig sind. Im zweiten Fall dagegen werden sie sich nicht so leicht ohne Zuziehung des Pfändungsgläubigers zu einer gemeinschaftlichen Verfügung hergeben[75]).

Dritter Teil.

Die Verwertung im Konkurs des Nacherben.

Schließlich taucht die Verwertungsfrage des Nacherbenrechts auch noch im Konkurse auf. Gehört es zur Konkursmasse, wenn der Konkurs vor Eintritt des Nacherbfalls eröffnet wird? Diese Frage ist besonders wichtig, wenn während des Konkursverfahrens der Nacherbfall eintritt, da die zeitweise Hinderung der Einzelvollstreckung dem Nacherben ermöglichte, die Erbschaft dem späteren Gläubigerzugriff zu entziehen. Die gestellte Frage muß nach den vorhergegangenen Erörterungen und dem Wesen des Nacherbenrechts durchaus bejaht werden[76]).

---

70) Binder III S. 86.
71) Vgl. auch Krückmann ZBlFG. 16, 22.
72) Pringsheim S. 75; Binder III. S. 81.
73) Vgl. Staudinger-Kober zu § 1276, 5; vgl. auch RG. 84, 399; 90, 236.
74) Mot. III S. 857.
75) nach RGZ. 83, 31 haften sie sogar dem Gläubiger gegenüber aus einem vertragsähnlichen Verhältnis.
76) anders Leonhard, Arch. R. W. 10, 150.

So gut wie die bedingte oder befristete Forderung, also eine Einzelanwartschaft in die Konkursmasse fällt[77]), gilt das gleiche, freilich vorbehaltlich der Ausschlagungsbefugnis (§ 9 KO.), für einen ganzen Anwartschaftskomplex, sei es des Allein- oder des Mitnacherben[78]). Mit dem Hinweis, daß der eigentliche Anfall der Nacherbschaft doch erst nach der Verfahrenseröffnung eintrete, und daher die Erbschaft zur Zeit der Eröffnung dem Nacherben gar nicht gehöre (§ 1 KO.), wird verkannt, daß doch auch die Rechtsbeziehungen der Anwartschaften schon zum Vermögen gehören, weil sie gegenwärtig sind. Ein Vergleich mit dem Anfall einer gewöhnlichen Erbschaft[79]), der, wenn er nach der Verfahrenseröffnung erfolgt, nicht die Zugehörigkeit der Erbschaft zur Masse zur Folge hat (argumentum § 9 KO.)[80]), ist insofern verfehlt, als hier nur bei Anfall auf Grund eines Testaments ein Anwartschaftskomplex besteht, und dieser unübertragbar, unpfändbar und daher auch nicht massezugehörig ist (§ 851 ZPO.)[81]).

Aber die Durchführung der Verwertung bedarf hier ganz besonderer Vorsicht. Die Praxis lehrt, daß bei Zwangsverkäufen von Anwartschaften so gut wie nichts herauskommt[82]).

Ob ein Massegegenstand verwertbar ist oder nicht, hat der Verwalter pflichtgemäß selbst zu entscheiden[83]). Bei dem Recht des Nacherben kann er im Zweifel eher von der Unverwertbarkeit ausgehen. Denn eine angemessene Verwertung ist für ihn viel schwieriger als für den Nacherben, der meist zum Zwecke der Krediterhaltung oder -erlangung zur Verwertung schreitet und in der Regel schon mit einem Geldgeber in Verbindung steht. Die Meinung Kretzschmars[84]), der Konkursverwalter habe von einer Veräußerung des Nacherbenrechts abzusehen, falls es dadurch verschleudert würde, anderenfalls er sich dem Gemeinschuldner gemäß § 82 KO. ersatzpflichtig mache, ist insofern nicht richtig, da er sich nun durch Nichtveräußerung den Gläubigern ersatzpflichtig macht[85]). Ein Ausweg ist nur folgendermaßen möglich:

1. Steht die Unverwertbarkeit des Anwartschaftskomplexes fest, etwa weil der befreite Vorerbe die Erbschaft zum größten Teil aufgezehrt hat, und der Bedingungseintritt ganz unwahrscheinlich ist, so kann der Konkursverwalter kraft seines Verfügungsrechts (§ 6 KO.) diesen Massegegenstand an den Nacherben (Gemeinschuldner) nach pflichtmäßigem Ermessen freigeben[86]). Dies wird geradezu zur

---

77) Jaeger § 1 Anm. 57.
78) im Ergebnis ebenso Jaeger § 128 Anm. 8; Kretzschmar, Recht 1910, 440.
79) so Leonhard a. a. O.
80) Jaeger § 9 Anm. 10.
81) Jaeger § 1 Anm. 32.
82) Vgl. die Beispiele bei Kaufmann, Sächs. Arch. 09, 323; Kretzschmar ebd. 1918 S. 7.
83) Jaeger § 43 Anm. 43.
84) Recht 1910, 441.
85) ähnlich auch Leonhard, Arch. R. W. 10, 150.
86) vgl. Jaeger § 162 Anm. 6; § 161 Anm. 2.

Pflicht des Verwalters, wenn der Masse durch die Verwertung ein nutzloser Aufwand drohte[87]).

2. Aber regelmäßig wird die Unverwertbarkeit nicht feststehen. Hier muß sich der Verwalter gegen persönliche Inanspruchnahme (§ 82 KO.) durch einen Entlastungsbeschluß der Gläubiger nach § 162 KO. sicherstellen. Die Gläubigerschaft kann sich für die Freigabe durch den Verwalter ausdrücklich oder stillschweigend[88]) erklären. Hierzu werden die Gläubiger bei langbefristeter Nacherbfolge oder bei bedingter mit unwahrscheinlichem Bedingungseintritt um so eher geneigt sein, da hier die Verwertungsmöglichkeit nur sehr gering ist. Immerhin können sie aber den Verwalter noch zu einem Verwertungsversuch anweisen[89]), den dieser jedoch ohne Ersatzpflicht an den Nacherben nicht ausführen darf, wenn nur ein gänzlich unangemessener Preis erzielt würde[90]). Möglich wäre auch, daß ein bereiter Gläubiger nach Beschluß der Gläubigerversammlung den Anwartschaftskomplex zu angemessenem Preise unter Anrechnung auf seine Konkursdividende an Erfüllungsstatt übernähme[91]).

3. Freigabe des Anwartschaftskomplexes, angemessene Verwertung oder Uebernahme an Erfüllungsstatt werden sich nur empfehlen, wenn tatsächlich aus einer Verwertung nichts zu erwarten ist, insbesondere der Nacherbfall in weiter Zukunft liegt. Steht er aber in absehbarer Zeit bevor, so erscheint es viel zweckmäßiger, durch Beschluß der Gläubigerversammlung nach § 162 KO. die Verwertung wegen einstweiliger Undurchführbarkeit bis zum Eintritt des Nacherbfalls aufzuschieben und jetzt eine Nachtragsverteilung gemäß § 166 KO. stattfinden zu lassen. Denn die jetzt vom Nacherben kraft der Anwartschaften erworbenen Gegenstände haben auch als frei geworden i. S. von § 166 KO. zu gelten[92]) und sind einer wirtschaftlich ganz bedeutend besseren Verwertung zugänglich. Es dürfte sich empfehlen, von dieser Möglichkeit bei Zugehörigkeit eines Anwartschaftskomplexes zur Masse weitgehendst Gebrauch zu machen, falls keine Freigabe erfolgen soll. Nur so ist es möglich, die Interessen der Gläubiger in vollkommener Weise zu wahren und nicht die des Gemeinschuldners in ungebührlicher Weise zu mißachten.

---

87) Jaeger § 6 Anm. 43.

88) Vgl. Mentzel, KO. § 162 Anm. 3; RG. JW. 1888, 288; Jaeger § 162 Anm. 6.

89) Jaeger § 162 Anm. 6; Seuffert S. 381. a. A. Hellmann S. 507.

90) Vgl. dazu OLG. Dresden, LZ. 3, 794 ff.; Kretzschmar Recht 1910, 441.

91) Jaeger § 162 Anm. 6; vgl. auch Kohler, Lehrb. S. 389, 390, 570.

92) Vgl. dazu RGZ. 28, 68 ff., insbes. 70; und 31, 42; Jaeger § 166 Anm. 2; ebenso Seuffert S. 371 Anm. 59; Kohler S. 585 Note 1; Fitting § 42 bei Anm. 13; Oetker, ZZP. 25, 45; anders nur v. Sarwey-B. § 161 A 1, § 166 Anm. 7.

So kommt der rechtstechnischen Verwertung des Nacherbenrechts ein in unseren Vollstreckungsgesetzen enthaltener Normenbestand weitgehendst entgegen, der durch richtige Anwendung im Einzelfall eine interessenausgleichende Wirkung ermöglicht.

Schlußwort.

Die vorliegende Arbeit hat den Versuch unternommen, dem Verwertungsproblem bei dem Rechte des Nacherben von drei verschiedenen Seiten beizukommen. Sie meinte als erstes, daß es nur von Nutzen und immer noch die beste Grundlage neu zu gewinnender rechtswissenschaftlicher Erkenntnis sei, zuerst zur Klarheit über die zu verwendenden Begriffsinhalte zu streben und von diesen bezeichneten Voraussetzungen aus das Recht des Nacherben, ohne mit anderen Rechtserscheinungen in Widerspruch zu treten, so zu erfassen, wie es im Gesetz und dessen Gesamtsinn entsprechend geformt wurde. Dieser Versuch wurde von einer Seite unternommen, die bislang noch sehr im Unklaren lag, von der Seite des Anwartschaftsbegriffs. — Als zweites war nach den praktischen Verwertungsbedürfnissen des Nacherbenrechts zu fragen. Es mußte daher bejahendenfalls nicht nur ein rechtstheoretisch klar und anschauliches, als vielmehr auch ein für die Rechtsdisposition praktisch brauchbares Rechtsgebilde gefunden werden, welches schließlich drittens mit dem vorhandenen Normenmaterial der diesbezüglichen Gesetze die rechtstechnische Durchführung der Verwertung ermöglichen und damit ihre vielumstrittene Zulassung rechtfertigen sollte.

Logische und teleologische Rechtsfindung, letztere insbesondere bei der Entscheidung über die Verwertungsmöglichkeit, mußten dabei in gleichem Maße angewandt werden; und es ist nicht zum geringsten tröstlich, daß doch die Grundlage, die Wesensbestimmung des Nacherbenrechts als eines Anwartschaftskomplexes mit ersterer allein durchführbar war. Daß es bei Lösung des Problems nicht ermöglicht wurde, der ersteren als der primären gegenüber der zweiten in vollem Umfange zur Herrschaft zu verhelfen, ist an den betreffenden Stellen gesagt worden und durchaus nicht bedauerlich. Denn auch der zweiten, der „ursprünglich einzigen" Methode[1]), ebenso wie der bei der Darstellung oft angewandten, für Wissenschaft und Praxis unerläßlichen Analogie[2]), die durch Fortbildung der im Gesetz liegenden Grundgedanken als Schöpferin neuen Rechtsinhalts und neuer Rechtswerte wirkt[3]), wird man die Anerkennung nicht versagen können, sobald man die Unvollkommenheit

1) Jung, Von der log. Geschlossenheit S. 24/25.
2) Vgl. dazu Enneccerus I § 44 I; § 53 II.
3) Endemann, Einleitung S. 54; vgl. auch den § 54 „Abändernde Rechtsfindung" bei Enneccerus I.

unserer Rechtsordnung als eines Menschenwerkes eingesteht[4]) und jene nicht nur als eine scheinbare auf den Mangel der Rechtskenntnis des Anwenders zurückführt. Es folgt daraus, daß auch die Auffassung, die es als einen unerwünschten Notbehelf ansieht, wenn sie Rechtserscheinungen aus bloßen Zweckmäßigkeitsgründen erklären müßte[5]), keineswegs gebilligt wurde. Auch von letzteren ist reichlicher Gebrauch gemacht worden.

Schließlich konnte bei der Behandlung des Themas nicht darauf verzichtet werden, es so umfänglich wie nur möglich zu behandeln, da sich das ganze Problem der Verwertung des Nacherbenrechts als einheitlich darstellt, und die Behandlung entweder nur der Uebertragungs- oder nur der Vollstreckungsfrage notwendig einseitig gewesen wäre. Gebietet doch die Zulassung der Verwertung durch Uebertragung auch eine solche durch Vollstreckung (§§ 400 BGB., 851 ZPO.), sei es in Form der Einzelpfändung oder der Gesamtvollstreckung im Konkurse.

Einheitlich aber zeigte sich das Problem auch noch nach einer weiteren Seite hin. Eine unterschiedliche Behandlung der Verwertungsfrage des Allein- oder des Mitnacherben wäre vom Standpunkt des Rechtsgefühls aus sehr schwer zu rechtfertigen gewesen. Sicherlich läßt sie sich für den Mitnacherben theoretisch leichter und einwandfreier begründen. Aber die Rechtsprechung[6]) hat m. E. mit Recht eine solche Einseitigkeit zurückgewiesen. Würde doch auch hier das Abweichen von der gewonnenen Regel für den Alleinnacherben eine unerträglichere Verletzung und Zurücksetzung seiner Interessen sein, als wenn jetzt eine Verletzung gewisser erbrechtlicher Grundsätze festgestellt werden könnte. Denn die Ueberzeugung, „daß über der Vorschrift, das positive Recht anzuwenden, doch die allgemeine Forderung steht, daß der Richter bei seiner Amtsverwaltung das Vernünftige und Zweckmäßige anzuordnen hat" (G. Rümelin), hat glücklicherweise keine Rechtsquellentheorie und kein Gesetz dem Richter jemals ganz austreiben können[7]).

---

4) Vgl. dazu auch Jung, Positives Recht S. 14 u. 15; Müller-Erzbach S. 43.

5) Diese Feststellung ist gegen viele moderne Autoren erstmalig von Heck, Schuldrecht S. 478 getroffen.

6) RGZ. 101, 185 ff.

7) letzter Satz, wörtliches Zitat aus Jung, Positives Recht S. 32.

Lebenslauf.

Ich bin am 2. August 1910 in Dortmund als Sohn des Kaufmanns Otto Berthold und seiner Ehefrau Anna geb. Koppenberg geboren. Meine Vorbildung erhielt ich auf dem Hitler-Gymnasium und dem Bismarck-Realgymnasium meiner Vaterstadt. Ostern 1929 verließ ich die zuletzt genannte Anstalt mit dem Zeugnis der Reife. Auf den Universitäten Bonn, Heidelberg und Marburg studierte ich sodann 8 Semester Rechts- und Staatswissenschaften und legte am 29. März 1933 an dem Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung ab. Am 29. Mai 1934 unterzog ich mich in Marburg der mündlichen Doktorprüfung. Gegenwärtig bin ich als Referendar an dem Landgericht in Dortmund beschäftigt.

Erich Berthold.